



A RELEVÂNCIA JURÍDICA DO AMOR CONJUGAL

MONS. RAFAEL LLANO CIFUENTES

SUMÁRIO. I. O. «CONSORTIUM TOTIUS VITAE». II. A RELEVÂNCIA JURÍDICA DO AMOR CONJUGAL. III. O CONCEITO DO AMOR CONJUGAL. A. O que não é amor conjugal. B. O que é o amor conjugal. C. Os diferentes estágios do amor. 1. Em relação ao bem deleitável. 2. Em relação ao bem útil. 3. Em relação ao bem em si. D. A identidade mínima do amor conjugal. IV. A POSIÇÃO DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA. V. A DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA EM REFERÊNCIA AO MATRIMÔNIO «IN FIERI» E «IN FACTO ESSE». A. Em referência ao matrimônio «in facto esse». B. Em referência ao matrimônio «in fieri». 1. A relevância jurídica do amor na prestação do consentimento. 2. A relevância jurídica do amor e o «error perversus». 3. A relevância jurídica do amor na simulação. VI. A RELEVÂNCIA DO AMOR NAS CAUSAS DE NULIDADES DO MATRIMÔNIO. VII. SÍNTESE DE NOSSA POSIÇÃO.

I. O «CONSORTIUM TOTIUS VITAE»

Dissemos em artigo anterior (vid. «Ius Canonicum», XXVII, n. 54, 1987, 557-590), que o «consortium totius vitae» constitui a essência do matrimônio. Detenhamo-nos nesta consideração.

As Comissões do Código, antes de incluir a palavra «consortium» como definitiva, empregaram os termos «coniunctio» e «communio» -união e comunhão- porque em realidade estes três termos estão numa mesma linha de significado: participação íntima e integral de duas existências humanas. A expressão «consortium», na sua raiz etimológica genuína, significa a participação numa mesma sorte, num mesmo

destino¹. Isto de per si já indica que os contraentes não possuem apenas o direito sobre o corpo em relação aos atos conjugais -tal como aparece no c. 1081 do CIC de 1917 -mas algo muito mais completo: outorga o direito a compartilhar a mesma existência. Se acrescentarmos ainda a expressão «totius vitae», o quadro fica completo: significa o engajamento de dois destinos em toda a sua extensão e profundidade.

Esta união total e pessoal é, como escreve José de Salazar, «o elemento constitutivo essencial e imutável do matrimônio». E acrescenta: «a entrega pessoal em todos os seus aspectos e realidades é também *o que especifica, o que distingue o matrimônio de qualquer outra união ou entrega*. Podem unir-se um homem e uma mulher por muitas e diversas razões, por exemplo, econômicas etc.; *mas nunca existirá a entrega da pessoa mesma e, ao mesmo tempo, em todas as suas facetas inclusive a sexual*.

O matrimônio significa que cada uma das pessoas dá e recebe não somente um valor particular, algo da outra, mas a sua pessoa inteira. *Esta reciprocidade e comunidade de posse e pertença, este dom total dado a este dom total recebido entre dois seres humanos é o matrimônio*»².

Como muito bem assinalou Fumagalli, a aliança que compromete os nubentes numa comunhão total e mútua, numa intercomunicação integral, deve ter a sua correspondente *relevância jurídica*. Assim como no código anterior se falava do «ius in corpus», hoje é absolutamente válido falar do «ius ad totius vitae consortium»³.

Um direito a compartilhar a vida toda do outro cônjuge que se desmembra em diferentes direitos específicos:

1º) O «totius vitae» -no sentido mais real de posse total e exclusiva- implica *o direito à unicidade ou exclusividade* do matrimônio que concorda como uma das suas propriedades essenciais.

2º) O «totius vitae» entende-se também no seu sentido de extensão temporal: compreende e engloba a vida toda seja qual for a sua duração, o que implica igualmente *no direito à indissolubilidade* do vínculo ou do

1. Vid. HERVADA, J., *¿Qué es el matrimonio?*, em «Ius Canonicum» XVII, n. 33 (1977) p. 26; DE SALAZAR, J., *Derecho matrimonial*, em «Nuevo Derecho canónico». Varios Autores. BAC, n. 445, Madrid 1958, p. 117

2. DE SALAZAR, J. o.c., p. 119.

3. FUMAGALLI CARULLI, O. em seu trabalho canonístico, elaborado a partir do Concílio Vaticano II e em face do novo Código, pôs claramente em relevo o contraste entre a «comunitas vitae et amoris» da «Gaudium et Spes» (n. 48) e aquele restrito «Ius in corpus» do c. 1081 do CIC de 1917 (Vid. Fumagalli Carulli, O. «Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale en Diritto canonico», Milano 1974, p. 171 s.

consórcio, que representa a segunda propriedade essencial do matrimônio.

É por isto que na definição de matrimônio que dávamos no artigo anterior colocávamos, depois do consórcio da vida toda, entre parênteses, *exclusivo e indissolúvel*, porque na própria expressão «totius vitae» está incluída essa dupla adjetivação.

3º) A *intercomunicação pessoal e total*, que se poderia desdobrar numa série de aspectos impossíveis de determinar exaustivamente, porque abrangem toda a realidade existencial. Enumeremos apenas os mais importantes: a) a comunidade do lar; b) a ajuda mútua; c) a tarefa solidária nos encargos familiares e na educação dos filhos; d) o amor conjugal e dentro dele o «*remedium concupiscentiae*» (c. 1013 § 1 CIC 1917), sedativo do impulso sexual, e o «*ius in corpus*». Este aparecia incluído no c. 1081 § 2 CIC 1917 da seguinte maneira: «o consentimento matrimonial é o ato de vontade pelo qual ambas as partes dão e aceitam o direito perpétuo e exclusivo sobre o corpo, em ordem aos atos de per si aptos para gerar a prole».

É necessário ressaltar que o Cânon correspondente e paralelo do actual Código -c. 1057 § 2- não faz menção do «*ius in corpus*» e o substitui por esta expressão: «o consentimento matrimonial é o ato de vontade pelo qual o homem e a mulher *se entregam e aceitam mutuamente em aliança irrevogável para constituir o matrimônio*».

Isto quer dizer que o consentimento se destina a algo bem mais amplo e superior do que o «*ius in corpus*» porque visa uma entrega mútua selada por uma aliança irrevogável para constituir o matrimônio, ou seja «o *consortium totius vitae*». Esta mudança, além de representar a superação de uma perspectiva ao nosso modo de ver demasiado estreita no seu tecnicismo jurídico, permite inserir o «*ius in corpus*» dentro do «*consortium totius vitae*».

Neste sentido podemos dizer também que o «*ius in corpus*» ficou incorporado e fundido dentro do «*ius ad totius vitae consortium*», «*via amoris*», pela trilha do amor.

É necessário que sublinhemos que a ênfase dada à fórmula «*ius in corpus*» é relativamente recente. Entrou no âmbito canonístico principalmente através de Gasparri. Não tem fortes raízes na tradição canônica.

Esta sempre considerou o amor conjugal como parte integrante do «*debitum conjugale*» ou do «*ius in corpus*» e procurou ressaltar a relevância que tinha a

«unitas cordium» sobre a simples «commixtio sexuum». Como não recordar -pergunta Fumagalli- as expressões de Ivo de Chartres († 1116) ou de Hugo de S. Vitor († 1141) sobre o amor conjugal -a «charitas conjugalis»- colocada ao lado da essência do matrimônio?... Só uma gravíssima cegueira histórica poderá induzir a identificar o conceito de «una caro», sobre o que está inclusive bíblicamente fundado o matrimônio cristão, com a mera materialidade da «copula carnalis»⁴. Como poderíamos esquecer -acrescentaríamos nós- as profundas colocações em torno da união conjugal e da comunidade de vida e amor feitas por Pedro Lombardo († 1160), Graciano (séc. XII), e S. Raimundo de Peñafort († 1275)?

Nestes dois últimos autores, aliás, há uma clara conotação do conceito de «affectus maritalis» -tomado do Direito romano- dentro do próprio conteúdo do consentimento matrimonial⁵.

A tendência personalizante que é tão notória na doutrina contemporânea não é, pois, uma inovação introduzida pelo Concílio Vaticano II e pelos seus desdobramentos posteriores; é melhor uma retomada de consciência de valores anteriores ao próprio Concílio de Trento, que sofre em um período histórico um hiato de descontinuidade vinculado à fixação de conceitos excessivamente legalistas. Inclusive Goti Ordeñana chega a afirmar que «na doutrina jurídica se estruturou, durante longos séculos de história, o elemento radical do matrimônio que é o direito fundamental do homem a dar com toda a liberdade o seu consentimento e sem que possa ser substituído por ninguém. Ora, através de toda a história, há um conflito de forças para determinar o conteúdo desse consentimento e apesar de que juridicamente se inclinou a dizer que é o ato de vontade, constantemente novos fatores existenciais voltam a apresentar o tema para que em tal conteúdo se inclua a relação intersubjetiva e se considere o amor conjugal»⁶.

4. Cfr. FUMAGALLI CARULLI, O, *Innovazioni conciliari e matrimonio canonico*, em «Il Diritto Ecclesiastico» n. 1-2 janeiro-junho (1978), p. 382. Vid. S. IVO DE CHARTRES PL, 162; VIRILLAS, *L'esprit d'Yves de Chartres dans la conduite de sa diocèse et dans les cours de France et de Rome*, Paris 1701; FORNIER, P., *Ives de Chartres, et le Droit Canonique*, «Revue des questions historiques» LXIII (1898), pp. 51-98 e 384-405.

5. Vid. nota 8; NOONAN, J., *Marital affection in the canonista*, em «Studia Gratiana» (1967), p. 606 e s., cit. por GOTI ORDEÑANA, J., *Amor y matrimonio en las causas de nulidad por medo en la jurisprudencia de la Sagrada Rota Romana*. Oviedo 1978, p. 39; Vid. VERNET, T. HUGUES DE SAINT VICTOR em DTC (Dictionnaire de Théologie Catholique, Paris 1903-50), VII pp. 240-308; HAUREAU, G., *Les œuvres de Hugues de Saint-Victor. Essai critique*, reed. Francfort 1963; GHELLICNK, J., *Pierre Lombard*, em DTC cit. XII, pp. 1941-2019; idem «Le mouvement théologique au XII siècle, 2^a ed. Brujas 1948, reed. Bruselas 1969 p.a 13-249; 250-277 e 285-288; TORQUEBIAU, F. DDC (Dictionnaire de Droit canonique) IV pp. 611-627; KUTTNER, S., *De Gratiani opere noviter edendo*, em «Apollinaris» 21 (1948), pp. 118-128; GARCIA Y GARCIA, A., *Valor y proyección histórica de la obra jurídica de S. Raimundo de Peñafort*, em «Revista Española de Derecho Canónico», 48 (1963), pp. 233-251.

6. GOTI ORDEÑANA, J., o.c., p. 43.

Vemos assim como o tema do amor conjugal entra com plena força na corrente conciliar -que presidiu toda a revisão do código -tendente a tutelar todos os aspectos da personalidade humana. Há uma preocupação marcante em salvaguardar ao máximo a dignidade do relacionamento conjugal valorizando em profundidade o amor conjugal. A legislação e a jurisprudência canônica, cada vez mais, buscam religar a mais clássica doutrina canonista -eminentemente personalizante- com a mesma dimensão humanista e espiritualista assumida pelo Concílio, encerrado dentro de um parêntese histórico à tendência marcadamente *legalista* que presidiu alguns traços do código de 1917. De uma forma frisante quer-se assinalar a importância que tem a «una caro» (dois numa só carne)⁷ não apenas num nível de *relacionamento físico* destinado à satisfação sexual e à *procriação, mas também, num ni vel de relacionamento espiritual e de integração recíproca*. Não menos indispensável de que o «remédio da concupiscência» (c. 1013 § 1 CIC 1917) apresenta-se neste mundo despersonalizado -escreve Fumagalli- o «remédio da solidão»⁸.

E daí brota com pleno direito o tema da relevância jurídica do amor conjugal.

II. A RELEVÂNCIA JURÍDICA DO AMOR CONJUGAL

Em nenhum manual ou tratado de Direito matrimonial poderia encontrar-se -no contexto do código anterior- um capítulo com este título. É um tema novo, aberto pela profunda atenção prestada ao amor pelo

7. «*Et erunt in una caro*» (Gen. 2, 24) SANTO TOMAS sustenta que a *una caro* constitui a essência do matrimônio. EDUARDO MOLANO, escreve nessa linha que «o matrimônio é em essência *una caro*, como expressão certa da única e indissolúvel unidade de ambos cônjuges. *La Naturaleza del matrimonio en la doctrina de Santo Tomás*, em «*Persona y Derecho*». I (1974), p. 69.

8. FUMAGALLI CARULLI, O., *Innovazioni Conciliari e Matrimonio Canonico*, em «*Il Diritto Ecclesiastico*» n. 1-2 janeiro-junho (1978), p. 382; GARCIA BARBERENA, T., *Sobre el matrimonio «in fieri»*. «*Salmanticensis*» I (1954), p. 439 e HERVADA, J., *La simulación total*, em «*Ius Canonicum*», vol. II, 2 (1962), p. 738, pensam que não está de acordo com a realidade psicológica dos contraentes julgar que eles desejam o «*ius in corpus*» em si mesmo considerado. Aliás -como aponta Hervada- o Decreto de Graciano, as Decretais e demais fontes antigas se referem sempre ao «*animus maritalis*» (que implica, além da união carnal, o desejo de coabitar, etc.), enfim à vontade de estabelecer uma comunidade de amor marital e nunca ao ânimo de dar e receber apenas o «*ius in corpus*», fórmula técnica que só aparece em épocas tardias.

Concílio Vaticano II. Desde que a sua Constituição Pastoral *Gaudium et Spes* se referiu ao matrimônio como uma «íntima communio vitae et amoris conjugalis»⁹, o amor, como elemento inspirador de toda a comunidade matrimonial, tem cobrado um notável relevo tanto na doutrina canonística quanto nos últimos documentos do Magistério.

Vejamos apenas dois exemplos: «A família constitui mais do que uma unidade jurídica, social e econômica, *uma comunidade de amor*», diz o Preâmbulo da «Carta dos Direitos da Família». E João Paulo II, na *Familiaris consortio*, reafirma: «O amor é... a fundamental e nativa vocação de todo ser humano»¹⁰. «Este amor constitui o princípio e a força vivificante da família. Sem amor a família não pode viver, crescer e aperfeiçoar-se como comunidade de pessoas»¹¹.

O amor conjugal forma, assim, parte integrante e fundamental do «Consortium totius vitae». Porque se a comunhão de vida é total, o amor é o elemento psicológico que a torna entranhável e íntima. Se é verdade que «quando o amor nos invade -na expressão de Goethe- tudo parece novo, os deveres mais sagrados, as afeições mais vivas, os conhecimentos mais claros, os talentos mais patentes e os propósitos mais decididos»¹², também deverá ser verdade que o amor torne mais forte e profunda a vivência desse destino comum, que representa o «consortium totius vitae».

Não vale a pena insistir neste ponto porque a alta significação do amor no relacionamento conjugal é algo *indiscutível* depois da valorização conciliar dos elementos personalísticos do matrimônio. Devemos acrescentar, entretanto, em contraposição, que não há na atual jurisprudência e doutrina canonística nada *mais discutido* do que a *relevância jurídica do amor*¹³.

Poderíamos neste sentido perguntar: é admissível falar em verdade de um *direito ao amor* ou de um *direito a ser amado*?; poderia o direito regulamentar algo tão íntimo como esse sentimento?; o desaparecimento do amor comprometeria a existência do vínculo matrimonial?; a falta de

9. Constituição Pastoral *Gaudium et Spes*. Concílio Vaticano II, n. 48.

10. JOÃO PAULO II, *Familiaris consortio*, n. 11, 2.

11. *Idem*, n. 18, 2.

12. GOETHE, *Sobre el amor incipiente de Wilhem Meister, hacia Mariane*, Madrid 1953, p. 72.

13. Cfr. FUMAGALLI CARULLI, O., *Innovazioni Conciliari...*, o.c., p. 374.

amor ou a sua exclusão voluntária seria capaz de provocar a nulidade do consentimento matrimonial?

Questões todas elas altamente complexas que têm levantado à sua volta, no mundo do canonístico pós-conciliar, as mais diversas opiniões doutrinárias, nas quais nem sempre dominou a clareza de conceitos. Porque, ao lado dessas questões, poderíamos também acrescentar outras paralelas ainda mais complexas: qual é o conceito desse amor ao qual se pretende outorgar relevância jurídica?; esta teria significação apenas no ato constitutivo ou também no estado matrimonial?; ou, por outras palavras, o desaparecimento do amor seria causa de dissolução do matrimônio já constituído («in facto esse»), ou a sua inexistência ou exclusão causaria a nulidade do consentimento matrimonial («in fieri»)?

Precisamos, pois, delimitar os conceitos seguindo um esquema claro e simples.

III. O CONCEITO DO AMOR CONJUGAL

Não é fácil marcar nitidamente os contornos conceituais do amor conjugal. Tal vez não exista uma matéria em que a terminologia seja mais equívoca: a palavra amor reveste a mais variada gama de significados. «O amor -escreve Marañon- é uma coisa muito complexa e de variado e equívoco conteúdo; chama-se amor a muitas coisas que são muito diferentes, ainda que a raiz última seja a mesma»¹⁴. Tentaremos no entanto delimitar o conceito em dois sentidos: indicando *o que não é* o amor conjugal e mostrando *o que ele é* nos seus diferentes níveis.

A. *O que não é amor conjugal*

O amor conjugal diferencia-se de outras figuras que ficam para além das suas fronteiras como mostraremos a seguir, utilizando a terminologia canonística mais comum:

14. MARAÑON, G., *Ensayo sobre la vida sexual*, Madrid 1969, p. 186, cit. por GUITARTE IZQUIERDO, V., *Amor y matrimonio en la Exhortación «Familiaris consortio»*, em «Revista Española de Derecho Canónico», n. 109 (1982), p. 112.

1º) *Amor fornicário*: é o mantido -através de um relacionamento sexual completo- entre um homem e uma mulher solteiros.

2º) *Amor adúlterino* é o sustentado por uma pessoa casada, com outra diferente do próprio cônjuge, através de uma relação sexual completa.

3º) *Amor concubinário* é a relação sexual completa habitual, com um certo propósito de continuidade, entre duas pessoas de sexo diferente.

4º) *Amor onanístico* é a relação sexual completa realizada de tal modo que não seja possível a geração.

5º) *Amor homossexual* é a relação sexual entre pessoas do mesmo sexo¹⁵.

B. *O que é amor conjugal*

Bem diferente é o amor conjugal, caracterizado por Paulo VI na «*Humanae vitae*» com estas notas fundamentais:

1º) Amor plenamente *humano*.

2º) *Ato de vontade livre*: não um simples ímpeto do instinto ou do sentimento.

3º) *Total*, quer dizer, uma forma muito especial de amizade pessoal: compartilha generosamente tudo, sem reservas nem egoísmos.

4º) É, portanto, o *dom de si próprio*.

5º) É *fiel e exclusivo* até a morte.

6º) É *fecundo*, pois não se esgota na comunhão mútua mas está destinado a continuar suscitando novas vidas¹⁶.

Este é o *conceito ideal* de amor conjugal, mas não o seu *conceito jurídico*. Queremos dizer com isto que, se pretendemos dutorgar relevância jurídica ao amor conjugal, teremos de saber antes qual é o con-

15. Cfr. DEL AMO, L., *El amor conjugal, y la nulidad del matrimonio en la jurisprudencia*, en «*Ius Canonicum*» XVII, n. 34 (1977), p. 90.

16. PAULO VI, Encíclica *Humanae Vitae*, n. 9.

ceito a ser assumido por um ordenamento jurídico ou por uma jurisprudência e não nos contentarmos com o conceito oferecido por uma Encíclica como a «*Humanae vitae*».

Nesse sentido, de Jorio disse significativamente ao referir-se ao Vaticano II, que o «Concílio põe o amor como fundamento do matrimônio, mas um fundamento *psicológico* e não *jurídico*»¹⁷.

Observamos, por exemplo, que o conceito de amor que delimita a «*Humanae vitae*» não seria possível aplicar ao tema da simulação do consentimento, porque -como depois veremos- nunca se poderia alegar que um matrimônio é nulo porque se exclui voluntariamente esse tipo de amor *ideal*. Se fosse assim, uma imensa percentagem de matrimônios seriam nulos pela simples razão que poucos, em realidade, ao casar têm a respeito do amor um conceito tão elevado.

Então qual seria o *nível mínimo* que, ao ser excluído, invalidaria o consentimento? Isto é muito difícil de determinar. Sabemos muito bem que o amor conjugal comporta muitos estratos: o sexual e o erótico; o afetivo e o sentimental: o intelectual-volitivo, o estimativo, o espiritual e o sobrenatural. Será pois necessário deter-mo-nos e analisar os diferentes estágios para determinar mais tarde um conceito jurídico rigoroso aplicável ao direito matrimonial canônico.

C. Os diferentes estágios do amor

De acordo com a filosofia escolástica, o amor se enquadra numa hierarquia escalonada segundo o bem que procura¹⁸.

1. Em relação ao bem deleitável

a) *O amor de apetência*: atração física e sexual.

b) *O amor de complacência*: atração pelas qualidades de caráter. Coincide -incluindo o anterior- com o conceito jurídico romano do «*affectus maritalis*» que não tem característica de permanência.

17. S.R.R. 6.2.1974 «coram» DE JORIO.

18. Acompanhamos nesta parte o trabalho *Los diversos planos de la relación familiar*, LLANO CIFUENTES, C. IPADE, México 1982.

2. *Em relação ao bem útil*

- a) *O amor de conveniência*: procura-se a ajuda e a utilidade recíproca.
- b) *O amor de convivência*: representa o acompanhamento mútuo, a vida em comum e a vivência familiar.
- c) *O amor de beneficência* («benefacere»: fazer o bem): busca-se nele remediar a carência do ser amado.
- d) *O amor de concorrência*: entrelaça dois seres na medida em que ambos concorrem numa finalidade comum; significa querer com o outro cômulo as mesmas coisas.

3. *Em relação ao bem em si*

- a) *O amor de benevolência* («bene volere»): deseja querer o bem do outro esquecido do próprio bem.
- b) *O amor de transcendência*: tributa-se ao outro esse amor, não só por ele mas por Deus.

Desenvolvemos a seguir, mais amplamente, este esquema.

1. *Em relação ao bem deleitável*

a) *O amor de apetência*. Constitui o nível mais baixo do amor. A beleza física, o atrativo corporal suscita a apetência do amor puramente sexual que, de acordo com a mitologia grega, está posto sob o amparo de *Afrodite*. Mas por ser o homem uma unidade psicossomática este amor puramente sexual não se dá normalmente de uma forma exclusiva porque seria chegar ao limite dos animais: está habitualmente presente, ao menos, um traço de afetividade espiritual, ou seja, algo que pertence mais ao amor de complacência.

b) *O amor de complacência*. Neste segundo nível entra um componente superior; o atrativo pelas qualidades do caráter e do temperamento. A cultura grega via em *Eros* a deidade protetora do amor de complacência. Nele costuma apresentar-se um fenômeno inverso ao que acontece no amor de apetência: enquanto a beleza corporal vai gradualmente declinando com o tempo, a beleza psíquica tende a aumentar mediante um esforço consciente, como bem soube mostrar Aristóteles na sua *Ética* a Nicômaco: «quando a flor da idade murcha, acontece que também se desvanece o amor, a vista do amado não deleita já ao amante, já não se dirigem solicitudes e cuidados ao ser amado. *Pelo contrário*,

*a união persiste quando uma longa relação faz com que o caráter do outro se torne algo querido»*¹⁹.

Estas duas espécies integram o conceito do chamado *amor de concupiscência* (que não significa aqui amor pecaminoso mas, na expressão de Santo Tomás, querer ao amado como bem para si próprio). Este amor, ao nosso modo de ver, coincide, por sua vez, com o chamado em Direito romano «*affectus maritalis*». Para os romanos, o matrimônio durava o que durava o «*affectus maritalis*»; faltava, pois, o compromisso de permanência, elemento essencial exigido pela concepção cristã do matrimônio natural²⁰.

Pensamos também que dentro desse amor de concupiscência (apetência mais complacência) está incluído implicitamente o desejo de procriação porque, como dizem Hervada e Lombardia, «amar uma mulher como esposa é amá-la em toda a sua dimensão de mulher... e portanto na sua potência generativa. Amar uma mulher e não amar ao mesmo tempo sua potencial maternidade não é um amor *conjugal*. Ou é uma simples amizade, ou um amor platônico, ou um amor fornicário»²¹.

2. Em relação ao bem útil

a) *O amor de conveniência*. Homem e mulher -ao lado da atração mútua pelos seus atributos físicos e psíquicos- proporcionam-se uma utilidade recíproca. Normalmente pelas suas características próprias a mulher tenderá ao cuidado do lar e dos filhos -«*mater munium*» (matrimônio)- e o homem se inclinará para os encargos econômicos -«*pater munium*» (patrimônio)- e a segurança física e social da família. Sem querer isto dizer, evidentemente, que o «*munus*» ou encargo peculiar do homem ou da mulher sejam exclusivos e excludentes. Serão, isso sim, geralmente prevalentes, sem que isto signifique que o marido não deva dedicar-se ao lar e à educação dos filhos -é esta uma responsabilidade solidária de ambos os cônjuges- e a mulher não deva colaborar na estruturação patrimonial e social da família. A consciência helenística confiava a *Hermes* -o deus do comércio- este nível do amor conjugal.

b) *O amor de convivência*. O acompanhamento mútuo, a vida em comum, representa o eixo desta nova dimensão do amor conjugal, em que se procura não somente a pura utilidade, como acontecia no amor de convivência, mas a pessoa como tal na sua individualidade peculiar: deseja-se conviver não apenas com qualquer homem ou com qualquer mulher -com atrativos físicos, beleza de caráter, útil e serviço- mas com *este homem ou esta mulher*. Não se ultrapassou ainda o nível do bem útil mas este se apresenta mais *persona-*

19. ARISTOTELES, *Ética a Nicômaco* 1157.

20. MANENTI, C., mostrou que o matrimônio romano era uma situação de fato (a união enquanto permanecesse o «*affectus maritalis*») com relevância jurídica; quando a situação de fato acabar, acabará a relação jurídica matrimonial («*Della inapponibilità delle condizioni apposte al matrimonio*». Siena 1889, cit. por GONZALEZ DEL VALLE, J.M., *Derecho canónico matrimonial*, Pamplona 1983, p. 14).

21. HERVADA, J.-LOMBARDIA, P., *El derecho del Pueblo de Dios*, III *Derecho Matrimonial*, Pamplona 1973, p. 95.

lizado. Na antiguidade clássica reconhecia-se a um conjunto de diminutas deidades, que viviam em torno da lareira, a tarefa de reunir os membros da família: chamaram-nos de deuses *Lares*. Significativa denominação que representava essa união, entretecida com os minúsculos detalhes quotidianos, em torno do calor aconchegante de um amor humano.

c) *O amor de beneficência*. A beneficência na sua raiz etimológica *-bene facere-* significa *fazer o bem*. O amor de beneficência consistirá, pois, em procurar solucionar a carência do ser amado. Cada cônjuge singular tem a sua carência específica: carência física -dor, indigência-; carência moral -sentimento de incapacidade ou de inferioridade-; carência de compreensão e calor humano -solidão, frieza-; carência de segurança -medo, inibição, ansiedade-; carência de motivação -monotonia, desestímulo-; carência de esperança -desânimo, pessimismo-; carência de alegria -nostalgia, tristeza-; carência de sentido para viver -depressão, angústia existencial-; carência de Deus, de plenitude, de eternidade, que é a suprema carência e que envolve, em certo sentido, as restantes... Pois bem, o amor de beneficência sai ao encontro de todas estas necessidades como remédio específico, abrindo campo a uma variada gama de possibilidades. Talvez, por exemplo, o amor possa falhar no nível afetivo ou sexual porque este exige uma determinada disposição sensitiva e sentimental, unida a estados de ânimo eminentemente subjetivos e íntimos de difícil gestação. No entanto o amor, bloqueado nessas vias, pode encontrar o seu canal condutor através do *bene-facere*, do querer fazer ao outro cônjuge, num nível operacional mais objetivo, substituindo o *sentir* do «*affectus maritalis*» pelo *fazer* prático de uma ação concreta e eficaz. Porque toda ação externa, pelo que realiza e pelo esforço que representa, tem um valor em si mesma independente do sentimento subjacente ou do estado de ânimo. Pode-se demonstrar um amor pela via da ação quando não é possível manifestá-lo pela via da afeição. Reforçam-se assim eventualmente os liames debilitados do amor de apetência com os laços mais fortes e eficientes do amor de beneficência.

Para os gregos era tão importante esta faceta do amor que escolheram como padroeiro para protegê-la a *Zeus*, que era a divindade mais poderosa na qual os mortais e os outros deuses deveriam procurar remédio para a sua indigência.

d) *O amor de concorrência*. Este amor entrelaça dois seres na medida em que ambos concorrem numa finalidade comum. Não é o mesmo *querer a alguém* do que *querer com* alguém as mesmas coisas. Homem e mulher conseguem uma íntima coesão, em grande parte, na medida em que concorrem nos mesmos fins, especialmente nos filhos que geralmente contribuem de modo fundamental à solidez do amor conjugal. «É próprio dos que se amam -comenta Aristóteles- querer e decidir as mesmas coisas... Por isso os filhos constituem um laço para ambos e, em consequência, as uniões estereis se desfazem mais rapidamente... porque todo bem comum mantém a concórdia dos pais»²². É por isso que quando se secam as fontes da vida, geralmente se estagnam também as nascentes do amor: é difícil garantir a permanência de um

22. ARISTÓTELES, o.c., 1167 b e 1167 a-b.

amor voluntariamente estéril. Com razão dizia Saint-Exupéry que amar não consiste tanto em olhar um para o outro quanto em olhar os dois juntos para a mesma direção. E -perguntamos- que direção pode existir mais naturalmente unitiva do que os filhos, fruto comum da relação conjugal? Na mitologia grega o amor de concorrência era encomendado aos cuidados de *Apolo* que com a sua lira conseguia desfazer as desavenças quotidianas unindo a família toda à noite num canto comum.

As quatro espécies, assinaladas dentro do capítulo do bem útil, incluem o que juridicamente se denomina «vida em comum», «coabitação» e «ajuda mútua».

3. *Em relação ao bem em si*

a) *O amor de benevolência.* No seu sentido etimológico -*bene volere*- a benevolência significa querer bem a alguém. Assim como *fazer o bem* se dirige à assistência de uma necessidade, o *querer o bem* supera a intenção de remediar simplesmente uma carência para irromper em cheio na interioridade pessoal do outro ser. No pensamento grego este amor era custodiado pela deusa *Filia*. O nome preciso de *filia* deriva da concepção clássica que considerava o amor da mãe para com os seus filhos o paradigma da entrega absoluta, que consiste em querer apenas o bem do outro: representa o esquecimento de si próprio, o sacrifício em benefício de outrem. Aqui chegamos à fronteira limite do amor humano na concepção grega. A distância entre *Afrodite* e *Filia* é imensa. Coube aos gregos o mérito de distinguir com precisão os perfis de cada patamar. Mas o quadro estava incompleto. Era necessária a chegada do Cristianismo para romper os moldes clássicos do amor humano e entrar no âmbito transcendente do amor divino.

b) *O amor de transcendência.* O amor de transcendência tributa-se ao outro não só por ele, mas por Deus. Aqui não encontramos deidades pagãs protetoras. Aqui encontramos a Cristo: é a *Caritas* cristã. Ela faz possível que o amor persista apesar das limitações e dos defeitos; ela supera os aspectos parciais do amor humano que se prendem ao físico, ao estético, ao psicológico e ao utilitário; ela ultrapassa inclusive o traço mais elevado do amor puramente humano: querer bem ao outro por ele mesmo no seu caráter pessoal, único e intransferível. A *Caritas* alcança o homem, não somente enquanto *pessoa* no sentido mais nobre da palavra, mas enquanto *filho de Deus*, característica fundamental do cristão. A característica mais radical deste amor de transcendência é a de amar aos inimigos²³.

Não se pense que cada um destes planos dispensa o inferior ou anula o anterior. Não os dispensa nem os anula, mas pelo contrário os assume e incorpora. As relações conjugais entrelaçam-se de um modo semelhante ao que fazem os fios que constituem uma corda. Todos contribuem para a

23. Mt. 5, 43-48.

sua força e coesão. O amor de transcendência supõe e ainda reclama que a apetência, a complacência, a conveniência, a beneficência ou a benevolência ocupem o lugar que em justiça devem ocupar. Cada nível compreende, supera e torna mais pleno o anterior: todos eles, portanto, abrangem o amor sexual, porque, caso contrário, não formariam parte do amor *conjugal*; mas nele não se detêm; vão se incorporando e elevando, a modo de pirâmide, até o seu cume que é o amor de transcendência. Se algum deles se fecha em si mesmo, fica estagnado e apodrece. Na expressão de Santo Agostinho no amor não se pode dizer *basta: a medida do amor é não ter medida*. Se não se lhe dá cada vez mais combustível o fogo do amor se apaga: esta é a essência do seu dinamismo. A *Caritas* cristã, deste modo, outorga ao amor humano, inclusive nas suas manifestações mais primitivas, a potencialidade capaz de superar as limitações do humano para chegar à transcendência do divino.

Poderíamos neste sentido estabelecer como que duas leis: *a lei da autodegradação do amor e a lei da complementação do amor*.

A lei da autodegradação do amor ou da auto-voracidade do amor nos ensina que o amor ou se eleva ou se degrada, ou cresce ou se desvirtua, ou se enaltece ou se autodevora. Assim, se fica estagnado no puro amor de apetência -amor afrodítico, sexual-, não consegue manter nem sequer o mais ínfimo nível humano e se degrada até o plano do animalesco. Se o sexo não tem um componente afetivo -subindo até a altura do amor de complacência-, termina rebaixando-se até a esfera puramente biológica. E chega ainda mais baixo: até a perversão, o vício, a paixão obsessiva e a anormalidade sádica, que nunca se encontra no mundo animal. Se, por sua vez, o amor de complacência não se eleva até o plano da benevolência, não chega a sustentar-se no escalão afetivo e pouco a pouco vai resvalando para o declive do mero egoísmo sexual. Enfim, quando o amor de benevolência não se abre, no matrimônio cristão, para a ordem sobrenatural do amor de transcendência, é muito difícil que mantenha o seu equilíbrio e a sua harmonia. A *Caritas* sobrenatural e a graça sacramental específica representam uma imensa força que consegue superar os percalços matrimoniais, os defeitos, erros e pecados do outro cônjuge que é amado neste plano de transcendência não como simples ser humano, mas como filho de Deus: se por Deus se amam até os inimigos, como não se deverá amar -por muitas limitações e mazelas que tiver- aquele filho de Deus que, através do Sacramento do matrimônio, veio a compartilhar o mesmo destino, a mesma sorte, para toda a vida nesse «*consortium totius vitae*» que significa o matrimônio?

Nos diferentes desdobramentos desta lei compreenderemos o porquê de tantos naufrágios matrimoniais: ou a pirâmide chega ao seu cume de transcendência -ao amor sobrenatural, à santidade matrimonial- ou é muito fácil que toda ela se desmorone até o nível da decadência...

A *lei da complementação do amor* nos diz que, quando falha um determinado aspecto do amor, outro deve vir em sua ajuda para reforçá-lo. Se, como já dissemos em outro momento, em determinadas circunstâncias físicas ou psicológicas, algum dos cônjuges é incapaz de satisfazer ao outro cônjuge num nível sexual ou afetivo -amor de apetência ou complacência-, deve compensar essa deficiência com elementos tomados do amor de conveniência -aprimorando a ajuda mútua-; ou do amor de beneficência -solucionando de uma maneira objetiva e eficaz as carências do consorte-; ou daquele de convivência -procurando tornar amável a vida de família, agradável e acolhedor o lar e as atividades comuns-; ou empenhando-se a fundo no amor de concorrência: procurando compreender os ideais e preferências do outro cônjuge e envidando esforços na educação solidária dos filhos. Quando a convivência se torna difícil, no nível de comunidade familiar, será necessário estreitar os vínculos mais íntimos e individuais da ternura e do afeto marital. Enfim, em todas as circunstâncias -mas especialmente nos momentos difíceis e críticos-, será necessário esquecer-se de si próprio, sacrificando-se generosamente, enxertando-se no amor de benevolência, que estava sob o amparo de *Filia* -a deusa da abnegação e do desprendimento-, para superar o egoísmo e os defeitos do outro cônjuge como faz a mãe com o filho doente e problemático. E, em última análise, cada um dos diferentes aspectos encontrará na *Caritas Christi* -amor de transcendência- o maior impulso e o supremo exemplo de um amor que não ama apenas o que é bom mas que quer tornar bom aquilo que ama: oferecendo inclusive a vida por amor -como Cristo na cruz- em benefício dos inimigos que lhe arrancam a própria vida. Se se chegasse a entender o matrimônio não como uma auto-satisfação ou auto-realização mas como uma entrega, quase todos os problemas conjugais encontrariam a sua solução.

Deste modo entendemos a *lei da complementação do amor*: quando algum dos diferentes elementos que integram a vida matrimonial -como os diversos fios que se entrelaçam numa corda- acaba por se debilitar, os outros elementos hão de concorrer para reforçar a consistência desse vínculo conjugal que não deve permanecer apenas como uma mera *indissolubilidade jurídica* mas perdurar -forte e dinâmico- numa renovada *comunhão íntima de vida e amor*, segundo a feliz expressão do Vaticano II.

D. A identidade mínima do amor conjugal

Nesta gama tão diversa, onde colocaríamos os limites do amor conjugal?; ou melhor, quando o amor deixaria de ser amor conjugal no sentido jurídico influenciando de alguma maneira, com a sua ausência, na contextura jurídica do matrimônio?; em que patamar seria necessário colocar o amor conjugal para que, por exemplo, a sua exclusão pudesse porventura afetar -como mais tarde veremos- um «elemento essencial do matrimônio» (c. 1101 § 2), prejudicando assim a validade do mesmo? Qual seria, enfim, a

identidade mínima do amor conjugal que pudesse servir de padrão para determinar positivamente a sua relevância jurídica?

A resposta, como já dissemos, está erigida de dificuldades²⁴; pensamos, porém, ser possível marcar os contornos aproximados dos seus limites inferiores e superiores.

1. *O umbral inferior* (o que não chega ao limite mínimo do amor conjugal humano) estaria determinado por duas fronteiras:

a) *O amor de pura amizade ou de puro namoro* (em sentido estrito), sem um compromisso de relacionamento sexual, não pode ser considerado amor conjugal. Poderá ser amor, mas não amor conjugal: o compromisso de relacionamento sexual é indispensável²⁵.

Teoricamente também poderiam incluir-se aqui as modalidades do amor de conveniência, convivência, beneficência, concorrência e benevolência, considerados isoladamente, sem nenhuma conotação do amor de concupiscência ou de abertura ao relacionamento sexual. Pense-se num casamento em que, por exemplo, só se visa ao benefício econômico, ou à convivência agradável num mesmo lar excluindo positivamente o relacionamento sexual. Isto poderia considerar-se uma sociedade comercial ou de beneficência mas não um matrimônio. Já dizíamos, porém, que -dentro da pirâmide do amor conjugal -cada camada inclui a anterior e a

24. HERVADA escreve que «o objeto específico do amor conjugal é a humanidade do homem enquanto homem (virilidade) e a humanidade da mulher enquanto mulher (feminilidade) para constituir *una caro*» (HERVADA, J., *Matrimonio y Derecho Natural. «Persona y Derecho» I* (1974), p. 81). Mas, evidentemente, esta conceituação se coloca mais num plano de Filosofia do Direito do que num terreno de Direito positivo. Neste sentido esta conceituação, como outras situadas no mesmo plano, não são úteis para o nosso intento.

25. É preciso, porém, esclarecer que, como diz PRUMER, «entre a B. Virgem Maria e S. José houve um verdadeiro matrimônio... como ensinam quase todos os antigos e modernos autores» (cfr. S. Theol. 3, q. 29, a.2)... No Evangelho, com efeito, o anjo diz a José: «não temas receber Maria como tua esposa» (Matth. I, 20). É de fé, porém, que Maria foi Virgem antes e depois do parto» (PRUMER M., *Manuale Theologiae moralis*, t. III, edit. Herder Barcelona-Friburgo-Roma 1961, n. 631). Santo Tomás a respeito escreve que «a bem-aventurada Virgem antes de casar com S. José foi divinamente certificada que José se tinha proposto igualmente a permanecer virgem; e por isso Maria não se expôs a nenhum perigo casando-se com ele» (IV Sent. d.30 q.2, a.1, q.1º, 2 ad secundum). Pode existir, sem dúvida, um matrimônio verdadeiro ainda que antes se tenha prefixado a promessa de não consumá-lo de fato. O uso do matrimônio não constitui, efetivamente, a sua essência; para que o matrimônio subsista validamente, basta que outorgue a possibilidade e o direito de usar do matrimônio, ainda que este direito, por qualquer razão, não se exerça nunca (cfr. FANFANI, L., *Teologia para seglares*, v. II, p. 321. Madrid 1958, p. 221).

inferior e, portanto, todas elas incorporam -por exigência do amor conjugal- a primeira da série, isto é, a abertura para o amor sexual.

b) *O amor relacionado com o bem deleitável*. Para nós é evidente que a sua primeira espécie, o puro amor de apetência -*amor afrodítico*- não chega ao limite do amor conjugal humano: identifica-se mais com o encontro físico ou, em todo caso, com o *amor fornicário*. Mas também julgamos que a sua segunda espécie -*o amor de complacência*, o puro *amor erótico*- não atinge o nível suficiente para que surja o conceito de amor conjugal humano. Se não está possuído de um compromisso de permanência, identifica-se melhor com o *amor concubinário*, que está revestido de uma certa continuidade mas não de *permanência*.

2. *O umbral superior* (o que ultrapassa o limite máximo do amor conjugal), estaria determinado pelo *amor de transcendência*. O conceito humano de amor conjugal não exige a presença de um elemento transcendente ou sobrenatural: pode haver amor conjugal genuíno no *matrimônio natural*, que é, para os não batizados, verdadeiro matrimônio. Por isso não se pode postular que para a consumação autêntica do matrimônio seja necessária, como sustentam algumas correntes de opinião, uma *consumação existencial e na fé*. A este ponto nos referiremos mais adiante.

O amor de *Afrodite e Eros* não chega até a faixa do amor conjugal: a *Caritas* a ultrapassa.

Entre esses dois umbrais teremos de procurar o conceito do amor conjugal. Para chegar a tanto partiremos de uma primeira evidência: o amor de apetência e de complacência unidos -amor sexual mais «*affectus maritalis*», que leva incluído o desejo potencial de procriação ou pelo menos a não exclusão voluntária da prole-, é uma condição indispensável do amor conjugal. Condição necessária, mas não suficiente.

Quais seriam os elementos exigíveis para complementar essa insuficiência?

Estudemos a questão por partes.

Dentro também do bem útil, a respeito do amor de beneficência, de convivência e de concorrência -que giram em torno da chamada coabitação ou vida em comum- pensamos que é indispensável o *direito a um mínimo de coabitação, de vida em comum e ajuda mútua* necessário para conseguir o relacionamento sexual e o «*affectus maritalis*». De tal maneira que, se por um ato positivo da vontade se excluísse o direito a esse *mínimo necessário*, o matrimônio seria nulo. Esta nossa conclusão é conse-

qüência da concepção personalizante que sustentamos porque perguntamos: como se poderia manter um relacionamento sexual humano, se não há um mínimo de coabitação? O ato mecânico, produto de impulsos hormonais, mais se assemelha à relação eventual própria da fornicção do que a uma verdadeira relação conjugal.

Precisamos fazer, a este respeito, um esclarecimento importante. Não é a mesma coisa a vida em comum e a coabitação. Em determinadas situações em que não há obrigação *atual* de coabitar -como no matrimônio de consciência ou quando os dois cônjuges estão legalmente separados- permanece, porém, o *direito potencial* para essa coabitação. Pois bem, nós entendemos que o que tornaria nulo o matrimônio seria a exclusão desse *direito potencial* a um mínimo necessário de coabitação.

Há também dois elementos ligados ao amor de benevolência indispensável ao conceito de amor conjugal. Estes elementos são a *permanência* e a *exclusividade*. Permanência e exclusividade que não se conseguem sem um certo espírito de renúncia ao próprio bem, para querer o bem do outro, que é a característica principal do *amor de benevolência*. Sem esta permanência e esta exclusividade o amor de apetência, unido ao de complacência, não ultrapassa o limite do concubinato ou da relação poligâmica.

Pensemos, porém, que para preencher a *identidade mínima* do amor conjugal é necessário apenas o espírito de doação suficiente para garantir o compromisso de *permanência e exclusividade*. Dizemos isto porque, ao nosso modo de ver, *não se pode exigir que os nubentes tenham uma concepção do amor tão elevada como a do amor de benevolência integralmente considerado*. Esse amor de benevolência integral corresponderia àquele amor *ideal*, de que já falamos, delineado pela «*Humanae vitae*» («amor plenamente humano»; «desprovido de toda reserva e egoísmo»; «aberto a uma entrega total», etc.).

Encontramos o mesmo parecer em Lombardía e Hervada: «todo amor conjugal -escrevem-, para que exista matrimônio, tem que conter um certo grau de amor de benevolência, já que o pacto conjugal por ser minimamente possível exige uma entrega. Mas só em casos muito excepcionais chega a ser puro *amor benevolentiae*, ainda que este último seja o ideal»²⁶.

26. HERVADA, J.-LOMBARDIA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios*, o.c., p. 102.

Reafirmamos, pois, que esse *amor de benevolência integral*, esse amor ideal, ultrapassa a *identidade mínima* que estamos procurando.

Em conclusão, sustentamos que a *identidade mínima do amor conjugal humano* se poderia definir por quatro elementos indispensáveis e inseparáveis:

1º) *A disponibilidade para o relacionamento sexual (que incluiria a não exclusão do «ius in corpus»).*

2º) *A intencionalidade de um mínimo de «affectus maritalis» que permitisse um relacionamento sexual «humano modo» (no qual consideramos implícito o desejo potencial de procriação ou pelo menos a não-exclusão voluntária de prole).* Esta condição não se daria, se alguém se casasse, por exemplo, para fazer sofrer o outro cônjuge, por ódio ou sadismo.

3º) *A intencionalidade de um mínimo de coabitação e de ajuda mútua necessário para conseguir o relacionamneto sexual e o «affectus maritalis» de que falam os itens anteriores (que incluiria a não exclusão do direito a esse mínimo necessário).*

4º) *Uma intencionalidade de permanência e exclusividade no amor,* porque, se não fosse assim, o consentimento se prestaria para uma união fornicária ou concubinária.

Estamos conscientes do caráter limitado destes delineamentos, esboços insuficientes que, aos poucos, a doutrina e a jurisprudência elaborada a partir do Código irão perfilando com maior precisão e rigor científico.

IV. A POSIÇÃO DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

O posicionamento dos canonistas sobre este tema tem sido muito variado. Sem pretender ser exaustivo, apresentamos a seguir um quadro -que vá da posição mais fechada para a mais aberta- das diferentes opiniões da doutrina. Fedele²⁷ e Navarrete²⁸, reconhecendo que o amor

27. FEDELE, L., *L'ordinatio ad prolem e i fini del matrimonio com particolare riferimento alla costituzione «Gaudium et Spes»*, cit por FUMAGALLI CARULLI, O., *O «Inteletto e Volontá»...*, o.c., p. 202.

conjugal é um elemento psicológico importante, entendem que não goza de nenhuma relevância jurídica; na mesma linha se mantém d'Avack²⁹, Robleda³⁰, e Molano³¹. De la Hera, muito embora pondere a importância do movimento atual, mostra-se pessimista dizendo que a estruturação jurídica do amor conjugal «não encontrou ainda efetivamente uma fórmula científica nem provavelmente a encontrará»³². Gutiérrez sustenta que o amor, entendido como apetite racional ou da vontade, é elemento constitutivo do mesmo ato com que se instaura o matrimônio³³. Fagiolo considera o amor um elemento essencial para a validade do matrimônio³⁴ e Lenar chega a pensar que, em virtude do consentimento, o amor se converte radicalmente em obrigação de justiça entre os esposos³⁵. Nesta linha, Viladrich considera que o pacto conjugal é um ato de amor fundamental do matrimônio, que dá lugar a uma realidade traduzível em termos jurídicos como o próprio vínculo jurídico matrimonial e os direitos e deveres conjugais³⁶. De Salazar outorga abertamente ao amor conjugal -sem definir como- a capacidade de influir na própria validade ou nulidade do matrimônio³⁷. No ponto mais extremado encontramos, entre outros, Bernhard -defensor da tese da «consumação existencial da fé»- que atribui ao amor amadurecido -assumido existencial e espiritualmente-, e só a ele, a capacidade de consumir ou realizar por completo o matri-

28. NAVARRETE, U., *Strutura iuridica matrimonii secundum concilium Vaticanum II. Momentum Iuridicum Amoris Coniugalis*, Roma 1968, pp. 107 ss.

29. D'AVACK, P., *Il matrimonio canonico oggi*, en «Il Diritto Ecclesiastico», 1979. Parte I, p. 15.

30. ROBLEDA, D., *Amore coniugale e atto giuridico*, em «Annali di dottrina e giurisprudenza canonica I. L'amore coniugale», Vaticano 1971, pp. 215 ss.; citado por LOPEZ ALARCON, M., NAVARRO VALLS, R., *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordatario*, Madrid 1984, p. 70.

31. MOLANO, E., *Contribución al estudio sobre la esencia del matrimonio*, Pamplona 1977, pp. 72 ss.

32. DE LA HERA, A., *La signification de l'amour dans le mariage*, «Apollinaris» 1967, pp. 269 ss.

33. GUTIERREZ, A., *Il matrimonio. Essenza, fine, amore coniugale*, Napoli 1974, p. 63. Citado por LOPEZ ALARCON, M.-NAVARRO VALLS, R., *ob. cit.*

34. FAGIOLO, V., *Amore coniugale ed essenza del matrimonio*, em «Annali di dottrina e giurisprudenza canonica. I. L'amore nel matrimonio». Vaticano 1971, p. 182 ss.

35. LENER, S., *L'oggetto del consenso e l'amore nel matrimonio*, en «Annali di dottrina e giurisprudenza canonica», I, *L'amore coniugale*, pp. 165-172. Citado por LOPEZ ALARCON, M.-Navarro Valls, R., *o.c.*, p. 69.

36. VILADRICH, J., *Amor conyugal y esencia del matrimonio*, en «Ius Canonicum» (1972), p. 313.

37. DE SALAZAR, J., *o.c.*, p. 119.

mônio, confirmando a indissolubilidade do vínculo; de tal maneira que, antes dessa consumação, o matrimônio poderia ser dissolvido pelo Romano Pontífice a teor do c. 1142³⁸.

A *jurisprudência* rotal tem-se mantido numa posição reservada. Poderia resumir essa posição numa frase bem expressiva recolhida numa das suas sentenças: «nunca houve em nenhum tribunal balanças que servissem para medir o amor»³⁹.

Como tem mostrado de uma maneira muito clara Del Amo, a *jurisprudência*, de fato, até agora, não se mostrou em nenhum caso favorável a considerar a ausência ou a exclusão do amor como causa suficiente para anular o matrimônio: «o consentimento matrimonial pode e deve ser amoroso, segundo norma ideal, plenamente amoroso...; mas necessariamente nem se funda no amor nem se decide em último termo pelo amor»⁴⁰.

Põe, como exemplo, a Sentença de 30 de julho de 1969 («coram» Pinto) que afirma: «como a falta de amor não impede o consentimento nem faz ao contraente incapaz de conseguir os fins do matrimônio, ao menos essencialmente, nem repugna que celebrado o matrimônio nasça o amor, nunca até o dia de hoje o direito exigiu para a validade do matrimônio este elemento psicológico do amor»... «Portanto, quem contrai matrimônio não por amor, mas para libertar-se de uma situação injusta no lar paterno, contrai matrimônio verdadeiro».

Concluindo, determina Del Amo que «o amor não é o consentimento, nem elemento essencial que invalide o matrimônio, ainda que pelo nexo entre ambos *a falta de amor pode assinalar como indício a falta de consentimento genuíno, se concorrem outros indícios e circunstâncias coerentes*»⁴¹. Mais adiante veremos o significado real que tem estas últimas palavras.

Não é difícil compreender os reparos com que a *jurisprudência* encara a relevância jurídica do amor. São várias as razões que poderíamos aduzir:

38. BERNHARD, *A propos de l'indissolubilité du mariage chrétien*, em «Revue des Sciences Religieuses» (1970), pp. 49 e ss.; IDEM, *Reinterprétation (Existentielle et dans la foi) de la législation canonique concernant et l'indissolubilité du mariage chrétien*, em «Revue de Droit Canonique» (1971), pp. 243 ss.

39. S.R.R.D. *Sev. Sent.* 61, p. 703, 3 coram ABBO.

40. DEL AMO, L., *Amor conyugal y la nulidad del matrimonio*, en «Ius Canonicum» XVII (1966) 34, p. 60.

41. DEL AMO, L., *art. cit.*, p. 95.

a) O temor de que o desaparecimento do amor venha a ser considerado como uma causa do divórcio.

b) O respeito que deve ser mantido ao direito natural que toda pessoa tem para casar, ainda que seja muito primária a conceituação que porventura fizer do amor conjugal.

c) A irrelevância jurídica que até agora teve no sistema canônico o chamado «*finis operantis*», isto é, as finalidades ou motivos, elevados ou baixos, que movem uma pessoa a casar-se. (Veja-se, por exemplo, que o chamado «*metus ab intrinseco*», o medo causado pela própria mente de quem o sofre, não invalida o consentimento: c. 1103).

d) A dificuldade que sofrem os juristas para encontrar o ponto preciso onde se possa inserir a relevância jurídica do amor: dentro do capítulo da *ignorância* (c. 1096); ou do «*error pervicax*» (em referência ao c. 1099); ou no da *simulação parcial* (c. 1101 § 2).

e) A difícil tarefa -como já observamos- para delimitar o conceito de amor, susceptível de relevância jurídica⁴².

f) Os perigos que pode acarretar uma interpretação apressada e pouco amadurecida do Concílio Vaticano II, que fez tomar aos Tribunais romanos atitudes de reserva.

Vejamos um exemplo na sentença da Signatura Apostólica que a seguir transcrevemos:

«Sendo as locuções '*communio vitae*', '*consortium vitae*', a semelhantes, frequentíssimas na tradição canônica, daquela definição conciliar do matrimônio que o denomina *Íntima comunidade de vida e amor*, não se pode deduzir que traga consigo algo de novo a respeito da tradicional noção do consentimento matrimonial, que incite a substituí-lo por outro consentimento por assim dizer *existencial* -o amor verdadeiramente existe em cada momento- cessando o qual deixaria de existir o vínculo matrimonial»⁴³.

Fumagalli, comentando esta decisão, acrescenta significativamente: «não me parece porém de todo convincente a afirmação de que o objeto

42. Cfr. FUMAGALLI CARULLI, O., *Innovazioni conciliari... ob cit.*, p. 375.

43. *Sentença da Signatura Apostólica* 25.11.1975 «*coram quinque cardinales*».

essencial do consentimento tenha permanecido depois do Conselho limitado só àquele «*ius in corpus et exclusivum in ordine ad actus per se aptos ad proles generationem*»⁴⁴.

A visão personalizante do Concílio e a tendência para uma abertura à integração completa dos esposos reclamam, sem dúvida, a superação de uma visão restrita a esse «direito-obrigação» sobre o corpo em relação aos atos sexuais. De fato o novo Código inseriu esse direito dentro do que denominávamos o «*ius ad consortium totius vitae*» onde se encontra, sem dúvida, inclusive, o direito ao amor conjugal.

Por esta razão -que nos parece convincente em face da maior sensibilidade eclesial pelos aspectos espirituais do matrimônio -tentaremos dar um passo à frente no esclarecimento do problema, distinguindo em face do mesmo a dupla vertente do matrimônio «*in fieri*» e «*in facto esse*».

V. A DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA EM REFERÊNCIA AO MATRIMÔNIO «IN FIERI» E «IN FACTO ESSE»

A doutrina canonística contemporânea nem sempre tem delimitado com clareza o tipo de relevância jurídica que possui o amor conjugal: concretamente não está perfilado com rigor até que ponto e em que medida influi no momento de contrair o matrimônio (*in fieri*) ou afeta inclusive o próprio estado matrimonial (*in facto esse*). Vamos deter-nos neste ponto absolutamente necessário para o esclarecimento do problema.

A. *Em referência ao matrimônio «in facto esse».*

A doutrina atribui ao amor uma importante presença no matrimônio «*in facto esse*».

Tem sublinhado reiteradamente na última década que o amor eleva a uma dignidade superior o exercício da sexualidade conjugal. Identifica-se como o «*bonum coniugum*» (c. 1055 § 1), quer dizer, constitui o *coniugum auxilium et complementum* em todas as dimensões -humana, moral,

44. FUMAGALLI CARULLI, O., *ob. cit.*, p. 374.

espiritual e sobrenatural- e, no dizer, de López Alarcón e Navarro Valls, configura um fim autônomo do matrimônio⁴⁵.

Mas isto representa apenas um aspecto -e não precisamente o mais direto- da problemática levantada por algumas correntes de opinião que condicionam a permanência do vínculo à presença do amor conjugal.

É evidente, nesse sentido -de acordo com as raízes mais profundas do matrimônio cristão-, que a presença ou ausência do amor não pode influir na permanência do vínculo: este é indissolúvel. Com o decorrer do tempo o amor pode esmorecer ou inclusive desaparecer, mas o estado matrimonial permanece. Deste ângulo podemos dizer, em termos absolutos, que o amor não tem nenhuma relevância jurídica.

Com clareza meridiana manifestou-se nesse sentido Paulo VI, em importante alocução à Sagrada Romana Rota, saindo ao encontro de diferentes desvios doutrinários que consideram «o amor conjugal como um elemento de tão grande importância, inclusive no direito, que submete a ele a mesma validade do vínculo matrimonial, e por isto abrem a porta ao divórcio... como se ao faltar o amor... faltasse a mesma validade da irrevogável aliança conjugal, que surgiu do livre e pleno consentimento. É preciso negar que faltando o elemento subjetivo, entre os quais está em primeiro lugar o amor conjugal, o matrimônio não existe mais como realidade jurídica, que nasce pelo consentimento e que permanece sempre juridicamente eficaz. Esta realidade, no que diz respeito ao direito, não depende absolutamente do amor, e permanece sempre ainda que a afeição do amor se tenha totalmente extinguido»⁴⁶.

O Supremo Tribunal da Signatura Apostólica sintetizou os mesmos princípios na seguinte determinação: «De acordo com toda a tradição da Igreja... o vínculo não deixa de existir ainda que desapareça o amor»⁴⁷.

Neste ponto não há divergências na jurisprudência. Serrano o manifesta de uma forma contundente: «as decisões da Rota Romana mais re-

45. LOPEZ ALARCON, J.-NAVARRO VALLS, R., *ob.cit.*

46. PAULO VI, Alocução *Alla Inaugurazione dell'anno Giudiziario 1976 della Sacra Romana Rota*, in «Ephemerides Iuris Canonici» (1976), p. 299.

47. STSA *Nullit matrimonium* (29.11.75) coram card. STAFFA, em «Periodica», 66 (1977), pp. 304-306. No mesmo sentido a S.R.R. *Nullit matrimonium* (4.12.75), coram ANNÉ, em «Ephemerides Iuris Canonici», 33 (1977), 1-2, p. 177: «Pela irrevogabilidade do seu consentimento no matrimônio *in facto esse* ambas as partes estão vinculadas durante toda a vida, ainda que a vida em comum falte de todo ou se arruinem de todo ao falhar plenamente os cônjuges na construção do consórcio da vida conjugal». Cfr. também S.R.R. *Nullit. matrimonium* (22.2.72) coram PARISELA, *ibidem* pp. 119 ss.

centes negam com desacomostumada unanimidade que exista nulidade do matrimônio derivada da falta do amor»⁴⁸.

Mas o problema não fica tão claro quando se refere ao matrimônio «*in fieri*».

B. *Em referência ao matrimônio «in fieri»*

A problemática apresenta agora outra feição e levanta um outro questionamento que se poderia formular assim: até que ponto a presença ou ausência do amor pode tornar válido ou inválido o consentimento e, portanto, o ato constitutivo do matrimônio?

Também neste sentido as sentenças rotais manifestavam-se em geral de uma forma negativa.

Vejamos um exemplo: «a falta de amor de per si não impede o consentimento matrimonial... até o presente o direito nunca requereu este elemento psicológico de amor para a validade. E isto não mudou por causa do Vaticano II. Já que, nem no texto definitivo, nem nos esquemas prévios, nem nas relações, nem nos atentos exames realizados pelas Comissões se afirma que seja o amor matrimonial essencial da aliança matrimonial, desaparecido o qual ou e excluído positivamente, o matrimônio venha a ser nulo. Pelo contrário, no Anexo sobre o amor se lê isto: a validade do consentimento e, por conseguinte, do mesmo matrimônio, não depende de um grau particular de perfeição desse amor, enquanto o consentimento seja livre e não se exclua positivamente a unidade, a indissolubilidade ou a fecundação»⁴⁹.

Dada, porém, a importância que tem assumido o tema do amor conjugal, desde o Concílio até a «*Familiaris consortio*», parece-nos necessário nos aprofundarmos mais no problema e matizar algumas facetas fundamentais.

48. SERRANO, J.M., *El derecho a la comunidad de vida y amor conyugal como objeto del consentimiento matrimonial: aspectos jurídicos y evolución de la jurisprudencia de la S. Rota Romana*, em «*Ephemerides Iuris Canonici*», 1-4, p. 63. Cfr. também NAVARRETE, U., *Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II. Momentum iuridicum amoris coniugal*, Romae 1977, pp. 107 ss.

49. SRRD, seu Sent. vol. 61, p. 902, n. 3 «*coram*» PINTO; vid. GUITARTE IZQUIERDO, V., *Amor y matrimonio en la Exhortación «Familiaris consortio» de JUAN PABLO II*, em «*Revista Española de Derecho Canónico*» 109 (1982), pp. 109 ss.; LOPEZ ILLANA, F., recolhe numerosos casos de jurisprudência rotal sobre a irrelevância jurídica do amor conjugal (*Sobre el amor conyugal y la estructura jurídica del matrimonio*, em «*El consentimiento matrimonial hoy*», Salamanca 1976, pp. 303 ss.).

1. A relevância jurídica do amor na prestação do consentimento

Reparemos que as variadas sentenças rotais que negam a relevância jurídica do amor na realização do ato constitutivo (*in fieri*) se assentam em geral no pivô deste clássico brocardo jurídico: «Matrimonium non facit amor sed consensus». Diz, por exemplo, uma sentença «coram» Prior: «não afeta à validade do matrimônio que se contraia sem amor pois o amor não faz o matrimônio, mas o consentimento»⁵⁰. Concordamos. Mas ao mesmo tempo perguntamos: o amor ou o desamor não faz também, por sua vez, o consentimento?

O «quid» do problema, ao nosso modo de ver, não está no ato constitutivo do matrimônio mas na raiz ou na fonte desse alto constitutivo.

De acordo com a doutrina de S. Tomás o amor como «virtus unitiva» é causa da união entre amante e amado⁵¹. O amor será ordinariamente a força («vis unitiva») que impele a prestar o consentimento. Mas sendo o consentimento um ato de vontade, o amor estará presente nele na medida em que seja assumido pelo ato de vontade. Quando isto aconteça, o matrimônio estará causado por um amor de dileção e ele será a via normal do consentimento matrimonial. Também neste caso continua sendo válido o princípio «matrimonium non facit amor sed consensus», mas *o ato do consentimento matrimonial estará informado pelo amor*⁵².

Em certas ocasiões parece-nos que, ao repetir talvez rotineiramente que «non amor sed consensus facit nupcias», fica esquecida essa idéia que acabamos de sublinhar: que *habitualmente o consentimento matrimonial está motivado pelo amor*.

Goti Ordeñana escreve neste sentido: «nos auditores rotais, influenciados pela psicologia clássica, prepondera uma concepção intelectualista... no entanto, na solução prática dos problemas, sobretudo nas causas de nulidade por medo, continuamente entram a analisar a influência

50. SRRD, seu Sent. vol. 9, dec. 14, n. 17, p. 134 «coram» PRIOR, «A carência do amor não prejudica a validade, sendo assim que o matrimônio o faz o consentimento e não o amor» (SRRD seu Sent. vol. 9, dec. 22, n. 7, p. 214 «coram» PRIOR) «O amor... é conveniente como elemento moral, mas não se requer como elemento jurídico contractual, o qual está só no consentimento livre» (SRRD, vol. 60, n. 8, p. 935, «coram» PARISELLA); etc. etc.

51. S. TOMÁS I-II, q.25, a.2, n.2.

52. Cfr. MOLANO, E., *La naturaleza del Matrimonio en la doctrina de Santo Tomás*, en «Persona y Derecho», I (1974), p. 162.

que o amor teve na realização do ato consensual, e consideram que o consentimento não é só o ato de decisão da vontade mas que inclui um longo processo, desde que se conhece o objeto até que se decide; nesse intervalo atuam fatores que valorizam o bem que se vai aceitar ou rejeitar, e naturalmente o que faz que a vontade se decida num ou noutro sentido são as motivações, já que em toda decisão, mas especialmente no que se ordena ao matrimônio, hão de preponderar as tendências afetivas»⁵³.

Há nesse sentido muitas sentenças rotais. Citaremos a seguir como exemplo uma «coram» Jullien que é, de certo modo, antológica: «Humanamente ninguém costuma casar com aquela pessoa que odeia, a não ser que esta vontade tenha sido superada internamente com a esperança de um grande bem ou pela ação de uma força estranha, caso em que a aversão grave e constante demonstrada com continuidade antes, durante e depois do matrimônio faz presumir que houve coação»⁵⁴.

«A constante denegação do amor induz a deduzir que não existiu liberdade», sustentam outras sentenças⁵⁵. «De tal forma que o amor considerado como um movimento para o amado -afirma Goti Ordeñana- aparece desde as primeiras sentenças⁵⁶ como teste que distingue o consentimento matrimonial daquele que é coagido, pois se se sente amor conjugal não se pode dizer que se contraiu por pressão de uma força externa»⁵⁷.

Neste sentido são muito claras as palavras de Vincenzo Fagiolo: «Para o Concílio a pessoa humana não pode ser jamais instrumento nem considerada como meio...». «Perguntemo-nos agora como o direito pode continuar a ser justo, a tutelar a dignidade da pessoa humana, a favorecer o bem comum e da família, quando sustenta a validade de um matrimônio no qual um dos contraentes há de tal maneira enganado ao outro (com o qual deveria ter formado uma comunidade de amor e de vida), que casou com ele unicamente para fazê-lo sofrer? A casuística precedente respondia que sim, que podia considerar-se justo, porque dizia: aquilo que faz o matrimônio é o consentimento. E eu acrecento, perguntando: mas qual é o

53. GOTI ORDEÑANA, J., *ob. cit.*, p. 147.

54. Coram JULLIEN, 9 de dezembro de 1935, vol. 27, D. 76, n. 2, p. 639.

55. Vid. Coram CHIMENTI, 28 de janeiro de 1920 vol. 12, D. 4, n. 3, p. 20.

56. GOTI ORDEÑANA, J., *o.c.*, p. 149.

57. Coram ANNE, 13 de julho de 1962, vol. 54, D. 77, n. 2, p. 388.

consentimento que produz o matrimônio? Não é porventura só aquele consentimento que tem por objeto a essência do matrimônio? Isto é, o consentimento que não é apenas uma declaração exterior mas aquele que é a efetiva *voluntas*, ou seja, aquele que não é consentimento simulado mas verdadeiro... E qual é essência do matrimônio que deve ser objeto do consentimento, para que este seja válido e constitua portanto o matrimônio? Citando Santo Tomás, P. Lener tem recordado que o objeto do consentimento está no querer dos nubentes «ut invicem se spontanee recipiant» como marido e mulher; é o assumir recíproco da posição mútua de marido e mulher. O consentimento que produz o matrimônio é o querer dos contraentes para constituir e instaurar entre eles «la total e perfezionante unione delle loro persone»; é querer aquela «communitas vitae et amoris» que constitui, segundo a *Gaudium et Spes*, o matrimônio. Se este é o objeto do consentimento, como se pode dizer que é válida aquela vontade que queira a união conjugal não por si mesma, mas para fins tão diversos se não verdadeiramente contrastantes»?⁵⁸. Fagiolo chega inclusive a uma conclusão -que precisaria ser analisada com maior rigor- de que -«o amor conjugal tem relevância como causa do matrimônio enquanto que se identifica com o consentimento *qui matrimonium facit*»⁵⁹. Goti Ordeñana, paralelamente, chega também à conclusão -susceptível igualmente de uma ponderação mais acurada- de que «muito embora tenhamos que mover-nos dentro das limitações que impõe a segurança jurídica, devemos afirmar que o consentimento conjugal como categoria jurídica é a expressão jurídico-formal do amor conjugal, porquanto este é a «conditio sine qua non» de que se dê um consentimento verdadeiramente matrimonial e que se produza uma «comunitas vitae et amoris»⁶⁰.

Mais adiante nos referiremos a algum outro aspecto deste interessante tema, quando tratarmos da falta de amor como indício ou prova processual para demonstrar a falta de consentimento.

Agora vamos analisar a relevância jurídica do amor em dois capítulos significativos: o «error pervicax» e a simulação.

58. FAGIOLO, V., *Amore coniugale... o.c.*, pp. 183 e 184.

59. *Ibidem*, p. 185.

60. GOTI ORDEÑANA, J., *o.c.*, p. 292.

2. A relevância jurídica do amor e o «error pervicax»

O consentimento, dizíamos antes, ordinariamente, deve estar *informado* pelo amor, mas também pode, extraordinariamente, estar *deformado* pela falsidade do amor.

Pode existir um erro a respeito do amor, tão profundamente radicado no intelecto («error pervicax»), que deforma por completo o consentimento até o ponto de que o nubente faça um contrato de vida amorosa completamente diferente daquela do matrimônio católico. Pense-se, por exemplo, na proliferação atual de filosofias existencialistas, «hippies» etc., que sustentam um tipo de matrimônio poligâmico ou em grupo, sempre dissolúvel à mercê dos sentimentos⁶¹.

Devemos levar em consideração que na época atual a ideologia sobre o amor tem maior influência popular do que a ideologia sobre o matrimônio. A imagem do matrimônio como instituição está com frequência deformada por causa da concepção que se faz do amor. Uma desfiguração do amor conjugal pode levar, hoje em dia mais do que nunca, a um completo desvio sobre a própria natureza do matrimônio, viciando, assim, o seu consentimento. Por isso este tipo de erro sobre o amor, às vezes tão profundamente arraigado em certos grupos sociais do nosso meio ambiente, pode trazer consigo amíúde *uma intenção implícita contra a indissolubilidade e unidade do matrimônio*, o que poderia redundar na nulidade do consentimento se «determina à vontade» de acordo com o c.1099. Em alguns autores e na própria jurisprudência rotal esta mentalidade está adquirindo cada vez maior relevo⁶². É evidente que por este

61. O erro «pervicax» passa da mente para a vontade condicionando o consentimento: «Pode acontecer que o erro de tal maneira penetre e arraste a personalidade de quem celebra o matrimônio que este já não queira outra coisa senão o que pensa e não faça senão o que tem na sua mente» (Cfr. Coram SABATTANI em SRR. Dec. sen Sent. vol. 56 (1964), p. 927; decisão de 11 de dezembro de 1964). Também a S.R.R. determina: «Tal convicção (contrária à indissolubilidade) fez-se neles como que uma segunda natureza da que não podem afastar-se» (Coram FILIPIAK 23 de março de 1956 *ibid.* vol. 48 (1956), p. 256).

62. Cfr. MOSTAZA, A., *Nuevo Derecho Canónico*, BAC nº. 445. Madrid 1983, p. 273; Vid. GROCHOLEWSKI, *De Exclusionem indissolubilitatis ex consensu matrimoniale eiusque probatione* (Nápoles 1973); IDEM, *Crisis doctrinale et iurisprudentiae sacramentis in contractu matrimoniali*, «Periodica» 67 (1978), 283-96; GRATIANI, E., *Mentalità divorzista ed esclusione della indissolubilità del matrimonio*. Studi in onore di P.A. D'AVACK, vol. 2, Milán 1976, pp. 681-702. PARISELLA, J., *De Pervicaci seu radicato errore circa matrimonii indissolubilitatem Iurisprudentia rotalis recentior: ius populi dei*, vol. 3. Roma 1971, pp. 513-540; cfr. Sent. coram ANNÉ (27-10-64, vol. 56, 765); coram FELICI (17.12.57), vol. 48, 844, nn. 3-4.

título pode produzir-se uma perigosa fenda na indissolubilidade do matrimônio, mas também é necessário levar em consideração a importância de um consentimento *juridicamente* *são*, indispensável para a validade do ato constitutivo.

3. A relevância jurídica do amor na simulação

Foi neste ponto onde o novo código esteve perto de introduzir o «*ius ad vitae communionem*» que seria algo muito próximo à inserção do «*elementum amoris*» no sistema matrimonial canônico. Mas não foi assim.

O antigo c. 1088 § 2 do CIC de 1917 dizia: «Se uma das partes ou as duas, por um ato positivo da sua vontade, excluem o mesmo matrimônio ou *todo o direito ao ato conjugal* ou alguma propriedade essencial do matrimônio, contraem invalidamente». A Comissão para a revisão do código, em uma primeira redação -movida sem dúvida por essa tendência personalizante e espiritualista à qual nos referimos várias vezes- substituiu o texto que sublinhamos por este outro: «O direito à comunhão de vida» (*ius ad vitae communionem*). Esta substituição foi bem acolhida por uma parte da doutrina, mas encontrou forte resistência em alguns canonistas e na própria Comissão revisora⁶³. Na assembléia plenária da Comissão revisora (outubro de 1981), a pedido de varios cardeais, mudaram-se os dois textos por um terceiro: «ou algum elemento essencial do matrimônio». E assim foi acolhido no C. 1101 § 2.

Parece-nos que dentro desta fórmula «*elementum essentialem*» está incluído o direito ao ato conjugal, mas também, o «*elementum amoris*»⁶⁴.

Se bem interpretada esta afirmação não diverge da sistemática geral do direito matrimonial canônico.

Assim, por exemplo, o tribunal da Signatura Apostólica considerou nulo o caso, que se tornou clássico, de matrimônio contraído com a intenção positiva de fazer sofrer o consorte. Aqui vemos como o «*bonum*

63. Esquema de 1975 c. 303 *Communicationes*, 9 (1977), p. 375. Cfr. NAVARRETE, U., *De iure ad vitae communionem: observationes ad novum schema canonis 1086 § 2*, «*Periodica*» (1877), pp. 249-70.

64. Vid. GIACCHI, O., *L'esclusione del «matrimonium ipsum» l'esclusione dello «ius ad vitae communionem»*, em «*Quaderni romani di Diritto canonico*». Dirigido por P. FEDELE, Roma 1977; SERRANO RUIZ, J.M., *El derecho a la comunidad de vida y amor conyugal como objeto del consentimiento matrimonial: aspecto jurídicos y evolución de la S. Rota Romana*, em «*Ephemerides iuris canonici*», 1976, pp. 43 ss.

amoris» -que autores como Navarrete⁶⁵ consideram um «direito-obrigação» essencial e diferente de todos os outros «direitos-obrigações»-enquanto objeto de exclusão tem relevância jurídica⁶⁶.

É preciso levar em consideração, porém, que a *falta do amor* «*simpliciter*» *nunca pode levar a anular o consentimento matrimonial*, mas apenas poderia causá-lo quando existia um «positivo voluntatis actu», uma positiva intenção de excluí-lo: não basta pois que alguém case por ódio -como no exemplo que acabamos de citar- sem amor, por puro interesse -como quem o faz para conseguir a herança de alguém que está para morrer- porque isto não invalidaria o casamento (são meros motivos subjetivos de caráter intelectual: «finis operantis»), mas é necessário que se demonstre uma exclusão explícita *por um ato positivo da vontade*.

Aqui, como se vê, não se exige a *presença* de um específico tipo de amor -alto ou baixo- mas a inexistência de um ato positivo de vontade pelo que se tenciona excluir o «elementum amoris». Parece-nos que neste sentido preciso e técnico é susceptível de ser colocado o problema na «balança do Tribunal», como se exprimia -em diversa direção- a sentença da SRR «coram» Abbo já citada⁶⁷.

Não foge, aliás, esta colocação doutrinal de alguma tomada de posição da S.R.R. Por exemplo, uma sentença rotal refere-se a um caso já decidido por um tribunal de Roterdam como matrimônio inválido e confirmado pelo respectivo tribunal de apelação, no qual a mulher tinha casado para um fim completamente estranho ao matrimônio, não havia demonstrado verdadeiro amor, e, mais ainda, tinha impedido com o seu comportamento que surgisse entre ela e o consorte uma verdadeira comunidade de vida e amor.

Ainda que a Sentença fosse decidida pela validade do matrimônio por falta de provas, *in facto*, suficientes acerca da exclusão do «ius ad vitae communionem», a própria sentença admite, *in iure*, como possível este novo capítulo de nulidade precisando que «as causas de nulidade do matrimônio por falta de verdadeiro amor conjugal devem ser tratadas também do mesmo modo que as causas por falta de aceitação e concessão do direito ao «consortium vitae» ou por falta de aceitação ou doação dos direitos e ofícios substanciais da vida conjugal. Pois existe uma simulação parcial quando, por um ato positivo da von-

65. NAVARRETE, U., *Problemi sulla autonomia dei capi di nullità del Matrimonio per difetto di consenso causato da perturbazioni della personalità*, in AA.VV., *Perturbazioni Psiciche e consenso matrimonial nel Diritto Canonico*, Roma 1976, pp. 134 ss.

66. JEMOLO, A.C., *Il matrimonio in diritto canonico*, Milano 1941, p. 76: «É interessante que um exemplo extremo como o indicado no texto não foi considerado por JEMOLO um caso de nulidade em face da antiga legislação. Pensamos que hoje as coisas têm evoluído nesse sentido consideravelmente.

67. SRRD Seu Sent., vol. 61, p. 703, n. 3 «coram» ABBO.

tade, ao menos virtual («saltem virtuali»), se excluam, no todo ou em parte estes direitos e ofícios»⁶⁸.

Muito claramente esta sentença da S.R.R. estabelece em síntese que *quando por um ato positivo da vontade ao menos virtual se exclui o verdadeiro amor é como se se excluísse o direito ao «consortium vitae» e neste caso existe um verdadeiro caso de simulação parcial e portanto de nulidade do matrimônio*.

Fumagalli coloca esta questão em concreto em termos de progresso e renovação jurídica, escrevendo: «Este renovado humanismo, desenvolvido pelo Concílio Vaticano II, não pode ser ignorado pela Igreja no seu direito, mas pelo contrário deve ser traduzido em formas jurídicas precisas, respeitadas do sistema constituído mas também receptivas a novos valores. Isto parece-nos concretizado na minha proposta de considerar como causa de simulação parcial a exclusão do «ius ad vitae communionem». Propõe-se, deste modo, ao menos substancialmente, um novo capítulo de nulidade, mas deverá ser aplicado com a máxima precisão. Não se me escondem os perigos de decisões arbitrárias mas é um risco que se deve correr como preço de uma necessária evolução guiada pelo espírito conciliar e compatível com as exigências técnicas do Sistema Canônico»⁶⁹.

Mostaza, referindo-se depois da publicação do Código -a este tema em concreto, escreve: «Prescindindo da ambigüidade... da frase «ius ad vitae communionem»... está claro em primeiro lugar que não invalida o matrimônio a exclusão do direito à comunidade de vida enquanto significa mera coabitação ou convívio, pois este não é essencial ao matrimônio. Se por «comunhão de vida» entendemos o núcleo fundamental do amor, quer dizer, *o amor de benevolência* (desejo de fazer o bem à pessoa amada), estimamos que esta classe de amor -o único que depende da vontade, ao contrário do chamado de concupiscência- forma parte essencial da «comunhão de vida e amor» que é o matrimônio, e que em consequência, «o contraente que exclui tal amor por um ato positivo da vontade contrai invalidamente...» Com isto, de maneira nenhuma pretendemos afirmar que só «o matrimônio por amor» seja válido e não o seja o celebrado por outros motivos alheios ao mesmos, como o chamado «de con-

68. S.R.R. (4 de dezembro de 1975), «coram» ANNÉ.

69. FUMAGALLI CARULLI, O., *Innovazioni Conciliari e matrimonio canonico, o.c.*, p. 381, 384; vid. também FUMAGALLI CARULLI, O., *La dimensione Spirituale del matrimonio e la sua traduzione giurídica* em «Il Diritto Ecclesiastico» (1979), pp. 49 ss.

vivência», etc. mas que toda exclusão do amor no sentido indicado implicaria na nulidade do mesmo»⁷⁰.

Ao nosso modo de ver, não é exigível para invalidar o consentimento, como anteriormente apontamos, que se exclua o *amor de benevolência* «in genere», como indica Mostaza, ou o amor de benevolência integralmente considerado -parece-nos um nível excessivamente alto- mas basta a «mínima identidade do amor conjugal no sentido estrito de palavra. Este reclama apenas um grau de amor de benevolência suficiente para garantir o compromisso de permanência e exclusividade do amor conjugal».

Não foge à nossa consideração, por outro lado, que a exclusão do «*elementum amoris*» parecerá com frequência redutível à exclusão do mesmo matrimônio ou de alguma das suas propriedades essenciais. Com efeito, excluindo a permanência do amor poderíamos cair na exclusão da indissolubilidade; excluindo a *identidade mínima do amor conjugal globalmente considerada*, tal como nós a apresentamos, pareceria que se está excluindo o próprio matrimônio, etc. Mas, se se presta uma maior atenção, se verá que existem algumas diferenças.

Há um núcleo central do «*elementum amoris*» que é autônomo e irreduzível. Esse núcleo está formado -como já apontamos- por quatro unidades fundidas e compenetradas: 1ª) a disponibilidade para o relacionamento sexual; 2ª) um mínimo de «*affectus maritalis*» (onde está incluída a abertura para a procriação); 3ª) um mínimo necessário de coabitação e de ajuda mútua para conseguir o relacionamento sexual e o «*affectus maritalis*» a que se referem as duas unidades anteriores; 4ª) uma permanência no amor exclusivo.

Estimamos que este núcleo guarda *autonomia* a respeito da exclusão do próprio matrimônio, ou da exclusão da indissolubilidade e da unidade, assim como da exclusão do «direito ao ato conjugal» (c. 1086 § 2 CIC 1917). Porque não é o mesmo excluir essa *identidade mínima do amor* do que excluir o *direito ao ato conjugal*; este, com afeito, não exige tecnicamente o «*affectus maritalis*» e os outros componentes acima indicados. Também não é o mesmo excluir a *estabilidade do amor* do que excluir a *indissolubilidade* do matrimônio porque esta propriedade tem um conteúdo juridicamente mais definido. Assim, por exemplo, o c. 1096, para

70. MOSTAZA, A., *Nuevo Derecho Canónico*, B.A.C. n° 445. Madrid 1983, p. 276.

falar da ignorância que torna inválido o casamento, não exige o conhecimento da indissolubilidade mas apenas o da permanência; e Viladrich, no seu comentário a este cânon, diz: «que os nubentes devem saber que o matrimônio é um consórcio «permanente»; *permanente*, isto é, que tem uma estabilidade ou duração da que carecem as meras relações esporádicas, casuais ou transitórias, *sem que seja necessário o estrito conhecimento da indissolubilidade*»⁷¹. Não tem o mesmo sentido a *indissolubilidade do vínculo conjugal* -tal como a entende o código- e a *permanência do amor conjugal*. A primeira possui um cunho jurídico muito definitivo; a segunda representa uma questão de fato, uma situação anímica. Um cônjuge pode aceitar a indissolubilidade do vínculo sem uma perspectiva de amor: pense-se em alguém que se quer unir a uma pessoa por motivos econômicos, sucessórios, dinásticos, etc., desejando a forte estrutura do vínculo indissolúvel mas excluindo o amor. Também, em sentido contrário, pode desejar-se a permanência de um amor sem que se deseje a indissolubilidade do vínculo com todo os perfis e conseqüências jurídicas desta figura. Pode-se, enfim, cogitar de alguém -exemplo não tão incomum- que está casado legalmente com «a esposa» por quem sente absoluta indiferença ou aversão e com quem está unido pelo *vínculo da indissolubilidade* para cumprir uma função social ou doméstica, como ocupar-se da casa, da educação dos filhos, etc.; mas paralelamente sustenta uma «amante» com quem mantém um autêntico amor conjugal. No primeiro caso caberia a exclusão do amor permanente; no segundo -se o matrimônio pudesse realizar-se- caberia a exclusão da *indissolubilidade*.

Exatamente a mesma argumentação se poderia fazer *a respeito da sacramentalidade do matrimônio*. Alguém pode excluir de modo prevalente a sacramentalidade do matrimônio canônico e desejar o amor permanente, inclusive fecundo, porque o matrimônio canônico possui uma carga jurídica e religiosa talvez indesejada, mas procura-se a união estável com uma pessoa a quem se ama. Em sentido contrário, alguém pode desejar o matrimônio canônico pela sua conotação religiosa, social, familiar, etc., e excluir -por uma deformação do modelo matrimonial- um amor permanente. Aqui a exclusão se operaria pelo «caput amoris conjugalis».

71. VILADRICH, P., *Comentários ao c. 1096 do «Codigo de Derecho Canónico» na edição da «Universidad de Navarra», Pamplona 1983, p. 658.*

Há outras diversas hipóteses em que o «elementum amoris» mantém a sua autonomia. Imagine-se que alguém, por exemplo, casa sem excluir o que o matrimônio canônico representa como instituição social e religiosa, mas padecendo de uma anomalia sexual, como o homossexualismo, é incapaz de expressar um amor conjugal normal. Aqui -além da possibilidade de anulação por incapacidade (c. 1095)- caberia se há um ato positivo da vontade, intervir com uma ação de anulação por exclusão de amor conjugal. De forma parecida se procedeu na sentença «coram» Anné (25 de fevereiro de 1969), precisamente por um motivo de homossexualismo.

No nosso modo de entender, a jurisprudência estava concordando com a anulação de matrimônio por exclusão do «elementum amoris» sem que isto aparecesse de um modo explícito. Vamos apresentar apenas dois casos a título de exemplo. A Sagrada Congregação do Santo Ofício (19.8.1875) contemplou a hipótese de um católico que não queria viver se não em concubinato com uma protestante taitiana mas por conveniência celebrou o matrimônio canônico. A resposta da Congregação foi: que se o homem «non vult vivere nisi in concubinato», se consta no foro externo que os cônjuges contrariam contrariam ficticiamente, deste modo o matrimônio declara-se nulo»⁷².

O segundo exemplo é similar. A Instrução ao Vigário Apostólico de Constantinopla dada a 1.10.1785 pela Sagrada Congregação da «Propaganda Fide», analisa a situação dos que «desejam unir-se a uma concubina e não querem celebrar o contrato matrimonial mas só, através dele, encobrir a sua paixão libidinosa». Os matrimônios em tais casos -diagnostica- são «nulos e irritos, já que o consentimento deles é dirigido apenas ao concubinato e no entanto externamente dizem que celebram o matrimônio, querendo, sob esta máscara, cobrir a sua incontinência»⁷³.

Em ambos os casos, para nós, a nulidade poderia acionar-se (como determinaram ambas as sentenças) por causa de uma simulação total, isto é, por exclusão do *próprio* matrimônio, mas também de uma forma mais apropriada o matrimônio poderia anular-se hipoteticamente, por ausência de *amor marital* ou pela substituição do mesmo por um amor que está aquém do umbral inferior do amor conjugal (como é o *concubinato*). Na altura em que as sentenças foram proferidas não existia a possibilidade de enquadrar o caso dentro do capítulo de exclusão de um *elemento essencial* mas hoje depois da reforma do Código pode fazer-se.

Hipoteticamente seria cabível pensar neste procedimento por algumas razões ponderáveis. Com efeito, quando se exclui o matrimônio em si mesmo considerado («matrimonium ipsum»: c. 1101 § 2) exclui-se o matrimônio *como*

72. C.I.C. *Fontes IV*, «Typis Polyglottis Vaticanus» (1951), 945, pp. 219 ss.

73. C.I.C. *Fontes II*, «Typis Polyglottis Vaticanis» (1935), 4607, pp. 161 ss.

um todo: diz-se que há simulação total precisamente porque, em realidade do matrimônio *não se quer nada*. Ora, nos casos analisados *algo* se deseja: deseja-se inclusive uma comunidade de vida, uma união estável, um amor humano que não chega a ser conjugal mas fica na fronteira do concubinato. O consentimento não está totalmente esvaziado. O que está prejudicado é o conteúdo do *amor conjugal* que não é a *totalidade* do matrimônio mas um elemento essencial. Neste sentido concordamos com Bernárdez quando diz que «poderia dar-se a exclusão de todas as obrigações conjugais, *mas com a intenção de contrair matrimônio*. Esta hipótese possível embora tenha de vir de uma mentalidade muito deformada do sujeito, leva-nos a comprovar que a simulação total não é precisamente a soma das diversas formas possíveis de simulação parcial e a afirmar que a *diferença entre uma e outra não é quantitativa mas qualitativa*. Em resumo, na simulação total trata-se de discernir *se houve ou não consentimento matrimonial*; na simulação parcial trata-se de induzir se o objeto consentido *era ou não suficiente* para considerar aceite o matrimônio»⁷⁴.

Voltamos a dizer que nos casos analisados não há propriamente uma simulação total porque:

1º) houve realmente um *consentimento*, mas este não incidia no amor conjugal, porém, no concubinato;

2º) não se excluía o matrimônio *como um todo*, isto é, não existia essa diferença *qualitativa* (a «totalidade») que discrimina a simulação total da parcial: de fato *algo* se desejava e em *algo* se consentia. Por isso precisamente diríamos que a hipótese analisada -que seria uma verdadeira aberração denominá-la matrimônio- poderia ser anulada por exclusão de um *elemento essencial* (c. 1101 § 2): o amor marital (que é um amor *permanente*).

Hervada, comentando ambas as sentenças, num trabalho que se caracteriza pela sua profundidade e sutileza, vem dizer que é necessário «ressaltar que a nulidade do matrimônio se estabelece em razão da carência da *vontade matrimonial*, que aparece substituída pela intenção concubinária»⁷⁵. Ele distingue a *vontade marital* da vontade de realizar o ato conjugal simples ou do *ius in corpus*, que para ele é uma plasmação técnica, isto é, jurídica, da *vontade marital*⁷⁶.

Que é essa vontade marital? Para nós não é outra coisa que o *amor conjugal* tal como nós o consideramos. Hervada conclui: «onde há vontade marital, há consentimento e pode haver matrimônio; contrariamente é preciso dizer que

74. BERNARDEZ CANTON, A., *Curso de Derecho Matrimonial*, Madrid, 1981, p. 230.

75. HERVADA, J., *La simulación total*, en «Ius Canonicum», II, 2 (1962), p. 754.

76. HERVADA, J., *idem*, p. 738. Na nota 8 fazíamos uma referência ao trabalho de GARCIA BARBERENA, T. e a este de HERVADA, onde claramente se mostra que não está de acordo com o desejo dos cônjuges pensar que eles pretendem o *ius in corpus*, em si mesmo considerado. Aliás, o Decreto de Graciano, as Decretais e demais fontes antigas se referem ao «*animus maritalis*» que implica além da união carnal, o desejo de coabitar, etc., enfim a vontade de estabelecer uma comunidade de amor marital e nunca o ânimo de dar e receber apenas o *ius in corpus*, fórmula técnica que só apareceu em épocas tardias.

onde não há vontade marital, não há matrimônio ainda que se pretenda produzir o signo externo, já que então fica afetada a essência do matrimônio»⁷⁷.

Esta importante consideração nos diz que não é estranho à sistemática tradicional da legislação canônica de nulidade de um matrimônio por exclusão da *vontade marital* que para nós não representa outra coisa que a exclusão do amor conjugal -«elemento essencial do matrimônio» (c. 1101 § 2)- tal como nós o entendemos.

Reflitamos, aliás, na significação que tem a mudança operada pelo novo código, e chegaremos à conclusão da relevância da exclusão do amor conjugal como «*elementum essenziale matrimonii*» (c. 1101 § 2):

1º) Suprimiu-se, no tema da simulação, a referência que na antiga lei se fazia à «exclusão do direito ao ato conjugal», porque esta fórmula não correspondia ao sentido integral -físico, afetivo e espiritual- que o Concílio Vaticano II concedeu à relação conjugal.

2º) Este direito foi substituído, numa primeira tentativa, por outro título: «o direito à comunhão de vida» (que para muitos autores significava uma ressonância daquela «íntima comunhão de vida e amor conjugal» de que falava o Concílio Vaticano II), porque se pensava que a realização daquela «una caro», que entranhava o ato conjugal, não se completaria se não existisse uma comunhão de vida.

3º) Optou-se, enfim, definitivamente pela expressão «um elemento essencial do matrimônio», talvez porque a frase anterior poderia dar lugar a equívocos. Mas em todas estas modificações parece subtender-se que dentro desses «elementos essenciais» cabe «*o direito ao ato conjugal considerado no sentido de intercomunicação pessoal e não apenas físico*»; isto é, o direito ao ato conjugal unido a um mínimo de amor humano: e é isto precisamente o que nós chamamos de «*elementum amoris*» ou a «*identidade mínima do amor conjugal*» que quando excluída por «ato positivo da vontade» (c. 1101 § 2) abriria a hipótese da invalidade consensual.

De uma forma muito significativa Serrano, Auditor da Rota Romana, se refere a estas mudanças: «Certo que a comunhão é relação e também direito-dever. Mas se reduziria a nada o sentido de renovação conciliar do matrimônio e não sairia dos moldes atuais da norma positiva (estava ainda em vigência o CIC de 1917), quem não estimasse tal relação impregnada

77. HERVADA, J., *idem*, p. 755.

de amor e afetividade. Não é outro... o sentido óbvio da palavra comunhão⁷⁸.

De alguma maneira López Alarcón e Navarro Valls reconhecem a autonomia do «elementum amoris» quando afirmam que «o direito ao amor de benevolência» não coincide com o direito «ad vitae communionem», ainda que existencialmente esteja presente nela... e que «a exclusão do *ius ad vitae communionem* se refere ao direito à mútua entrega e aceitação pessoal do varão e da mulher»... (o «elementum amoris» está aqui incluído) «o qual acarretaria -acrescentam- a exclusão da causa do matrimônio e estaríamos na presença de simulação parcial por reserva excludente de um elemento essencial»⁷⁹.

Em sentido paralelo, Viladrich, comentando a nova cláusula do Código atual (c. 1101 § 2), quando fala da exclusão de «algum elemento essencial do matrimônio», comenta: esta «nova cláusula abrange o direito ao ato conjugal; o direito à comunidade de vida no seu sentido essencial de co-posseção e co-participação entre os cônjuges como bem recíproco e mútuo de vida e amor devido em justiça» Reconhece, pois, que dentro da exclusão do «elemento essencial» está a exclusão do «elementum amoris», no sentido indicado por ele, e que portanto, ao excluí-lo, invalidaria o matrimônio⁸⁰.

Em «El Derecho del Pueblo de Dios» anterior ao Código atual, Lombardía e Hervada escrevem: o «amor concupiscentiae» conjugal atinge o seu grau mais ínfimo, quando se quer ser cônjuge, não movido pela conjugalidade do outro -mas por outros bens do outro (fortuna, posição social, colaboração profissional, etc.). Este tipo de amor conjugal é de grau ínfimo e a linguagem vulgar, ou não o designa com a palavra amor -chama-o interesse-, ou acrescenta um adjetivo que o tipifica: «amor interesseiro»... Mas «se o interesse não dá lugar ao ato da vontade, pelo que se aceita a conjugalidade do outro (amor-conjugal reflexivo, sendo desde logo esta «dilectio» um «amor concupiscentiae») haverá o vício de consentimento chamado simulação total»⁸¹. O matrimônio, em decorrência, será inválido.

Lombardía e Hervada, deste modo, parecem indicar que a exclusão do amor de concupiscência traz consigo a nulidade do matrimônio.

Há de ficar claro que a doutrina canonista em geral e os próprios trabalhos preparatórios do Código não cogitaram em nenhum momento de subordinar a validade do matrimônio à presença do amor: «matrimonium non facit amor sed consensus». Para a validade do vínculo não é preciso casar com amor; muito menos por amor. Mas parece-mos que a dignidade do sacramento exige que não se exclua um mínimo de amor. Quando al-

78. SERRANO RUIZ, J.M., *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico. (Incapacidad y Exclusión: afinidades y divergencias entre los grandes temas de nulidad del matrimonio)*. Salamanca 1982, p. 184.

79. LOPEZ ALARCON, M.-NAVARRO VALLS, R., o.c., pp. 178 e 179.

80. VILADRICH, *Comentario a o.c. 1101*, p. 665.

guém casa por ódio, ou com manifesta frieza e aversão, desejando talvez a estrutura jurídica do matrimônio, mas afastando-se do que representa uma comunidade de vida e amor; ou quando igualmente um dos nubentes sofre uma anomalia, como o homossexualismo ou o sadismo⁸² que o impede de amar verdadeiramente o outro cônjuge; ou quando estejam presentes outras causas semelhantes, a estabilidade do «consortium totius vitae» fica abalada, a dignidade e felicidade do consorte inocente comprometidos, e igualmente degradada a sacramentalidade do matrimônio, símbolo do amor humano e divino de Cristo pela Igreja. Se a isto se une a exclusão por «um ato positivo da vontade» (c. 1101 § 2) -requisito jurídico indispensável- parece-nos que existem os pressupostos necessários para invalidar o matrimônio por exclusão de «um elemento essencial do matrimônio».

VI. A RELEVÂNCIA DO AMOR NAS CAUSAS DE NULIDADE DO MATRIMÔNIO

Por último nos referiremos à *relevância que tem a ausência do amor como elemento de prova nas causas de nulidade do matrimônio por defeito de consentimento*.

1º) Processualmente parte-se de modo habitual de um princípio como este enunciado por Jullien: «ninguém costuma casar com a pessoa que odeia»⁸³, ou deste outro recolhido de uma sentença de Pinna: «O matrimônio é, à diferença dos demais contratos, uma união de mútuo amor»⁸⁴, e, em concordância com outros vários semelhantes, ao seguinte especificado por Anné: «É próprio que o matrimônio se faça com amor»⁸⁵.

2º) Daí se pode deduzir que a presença do amor conjugal serve de presunção de matrimônio válido. Por isso na sentença «coram» Mannucci se diz que «provada a existência do amor presume-se inútil continuar as alegações pela nulidade pois provado o amor perde todo fundamento

81. Coram JULLIEN, 9 de dezembro de 1935, vol 27, D. 76, n. 2, p. 639.

82. SERRANO RUIZ, J.M., *o.c.*, pp. 175 ss. mostra como as anomalias sexuais podem tanto entrar no capítulo da incapacidade como no da exclusão.

83. Coram JULLIEN, 9 de dezembro de 1935, vol. 27, D.76, n. 2, p. 639.

84. Coram PINNA, 22 de dezembro de 1952, vol. 44, D. 103, n. 2, p. 703.

85. Coram ANNE, 8 de junho de 1963, vol. 55, D. 78, n. 7, p. 436.

qualquer comentário sobre a possibilidade de existir um consentimento simulado ou viciado pelo medo»⁸⁶. Esta presunção é um princípio consagrado nas decisões rotais⁸⁷.

3º) Em sentido inverso define uma sentença *coram* Hindringer segundo a qual «é comum e frequentemente definido na nossa jurisprudência que a aversão e o ódio de um esposo ao outro constitui uma presunção *pergrave* (isto é, muito grave) de que houve um casamento forçado»⁸⁸.

4º) Entre as fórmulas utilizadas pela jurisprudência da Rota Romana para indicar que a falta de amor ou a aversão é indício de um consentimento viciado podem destacar-se as seguintes: «a falta de amor é indício de que a vontade não foi espontânea ou livre»⁸⁹, «a constante denegação de qualquer amor é indício contrário à vontade de casar»⁹⁰; «a falta de amor é indício de positiva aversão»⁹¹.

5º) Existem muitas sentenças em que se deu por provada a existência de medo mediando apenas a prova de aversão⁹². Paralelamente a simples falta de amor é suficiente para considerar feita a prova indireta e proceder à prova direta da coação exterior.

Goti Ordeñana conclui depois de um apurado estudo sobre as sentenças da Romana Rota neste particular que «muito embora a jurisprudência recorra ao princípio de que o consentimento e não o amor é o que realiza o matrimônio, no entanto no exame de cada caso se estuda o amor conjugal como elemento que há de estar presente no momento estimativo e deliberativo e que condiciona que seja ou não válido, pelo que não se deve considerar como princípio contraposto ao amor».

«Conseqüência da constante estima do amor conjugal como elemento prévio do ato conjugal, é que a jurisprudência chegou a enunciar este

86. Coram MANNUCCI, 22 de junho de 1926, vol. 14, D. 26, n. 9, p. 212.

87. Cfr. GOTI ORDEÑANA, J., *o.c.*, pp. 199 s.

88. Coram HINDRIGER, 8 de junho de 1925, vol. 17, D. 19, n. 4, p. 232.

89. Coram CATTANI-AMADORI, 26 de maio de 1913, vol. 5, D. 29, n. 10, p. 329.

90. Coram CHIMENTI, 28 de janeiro de 1920, vol. 12, D. 4, n. 2, p. 20.

91. Coram SEBASTIANELLI, 20 de outubro de 1916, vol. 8, D. 29, n. 6, p. 330.

92. Vid. por exemplo coram MASSIMI, 30 de junho de 1928, vol. 20, D. 30, n. 4, p. 274; coram MANNUCCI, 15 de janeiro de 1929, vol. 21, D. 3, p. 25; coram QUATRACOLO, 7 de agosto de 1929, vol. 21, D. 59, n. 9, p. 499; coram HEARD 18 de julho de 1942, vol. D. 60, n. 2, p. 672; coram PECORARI, 23 de abril de 1947, vol. 39, D. 34, n. 8, p. 264; coram BONET, 7 de maio de 1955, vol. 47, D. 95, n. 6, p. 386.

outro princípio, complementar do anterior: é próprio do matrimônio que se faça por amor ou com a fundada previsão de que este vai nascer»⁹³.

Deduzimos nós de tudo isto, ao menos, uma conclusão muito segura em termos processuais: *sobre um matrimônio no qual está ausente o amor no momento da celebração gravita a séria suspeita de que tem algum defeito ou vício no consentimento e, outrossim, que a ausência do amor pode ser, positivamente, um indício da falta de consentimento livre.*

VII. SÍNTESE DE NOSSA POSIÇÃO

1. A importância que tem assumido o tema do amor conjugal e a sua relevância jurídica é de tal ordem que pode ser considerado um daqueles «sinais dos tempos» a que se referia o Concílio Vaticano II. Mas é um ponto muito delicado em que é necessário distinguir tanto o conceito do amor quanto a impossibilidade de identificar o amor com a essência do matrimônio. A jurisprudência, porém, deverá levar em consideração, sem dúvida, a nova colocação do código em que se substitui o «*ius in corpus*» por esse outro «*ius ad totius vitae consortium*».

2. O «*ius in corpus*» de que falava o c. 1081 § 2 do CIC de 1917 foi suprimido na sua antiga formulação, excessivamente formalista. Mas, sem dúvida, ficou incorporado dentro do conceito do *consortium totius vitae*, que pela sua própria índole natural se ordena ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole. Porque não há possibilidade de que essa comunhão e educação da prole. Porque não há possibilidade de que essa comunhão íntima -espiritual e corporal- se realize, e muito menos a procriação, se não existe o direito à relação sexual.

3. Mas esse «*ius in corpus*», já não se pode entender hoje da maneira como se entendia no contexto do código de 1917. A incorporação ao *consortium totius vitae* não é apenas terminológica. Pelo contrário foi reabsorvido a encarnado por toda uma concepção personalística do matrimônio que eleva o ato sexual até à dignidade do amor.

Este idéia é marcante no novo Código e pode ser destacada em três pontos principais:

93. GOTI ORDEÑANA, o.c., p. 292.

1º) na troca da locução «*ius in corpus*» (c. 1081 § 2), CIC (1917), pela fórmula «entrega e aceitação mútua dentro do *consortium totius vitae*» (c. 1057 § 2 e c. 1055 § 1 CIC 1983);

2º) na mudança operada pelo c. 1101 § 2 (CIC 1983), que substitui a expressão «ato conjugal» (c. 1086 § 2 CIC 1917) por «um elemento essencial do matrimônio»;

3º) na introdução da cláusula *humano modo* (c. 1061 § 1, CIC 1983) -que não existia no Código anterior (Vid. c. 1051 § 1, CIC 1917)- quando se refere ao matrimônio consumado: a consumação não se dá se o ato conjugal não se realiza de *modo humano*. Observa-se como o Legislador quis impedir que a menção do «ato conjugal» aparecesse no corpo normativo, permitindo apenas que tal acontecesse quando acompanhado do adjetivo *humano*; igualmente salta aos olhos que assumiu a mesma posição a respeito do *ius in corpus*: a expressão foi suprimida de vez e substituída por outras que apontem claramente para o amor conjugal considerado integralmente nos seus aspectos sexuais, volitivos e afetivos. Tudo isso leva a pensar claramente que o *o ato conjugal deve ser inserido dentro do amor conjugal e através deve ser interpretado*. Como escreve Serrano: «Se antes pôde ter havido alguma razão para estimar o matrimônio uma aliança limitada à faculdade sobre os atos próprios da geração, hoje não há dúvida quanto à implicação de *toda a pessoa* (no seu ser mais essencial no que se define como tal) nele; de onde se enriquecem ao mesmo tempo o próprio matrimônio e a característica relação conjugal»⁹⁴.

4. O amor, por sua vez -de acordo com Fumagalli- deve ser incluído, como uma espécie dentro do gênero *consortium totius vitae*⁹⁵. Nesta perspectiva pode chegar a formar um elemento de relevo jurídico maior do que até agora se lhe tem concedido.

5. Sustentamos que a *identidade mínima do amor conjugal*, que ao ser excluída anularia o matrimônio, poderia definir-se por quatro elementos indispensáveis e inseparáveis:

1º) A disponibilidade para o relacionamento sexual (que incluiria a não-exclusão do *ius in corpus*);

94. SERRANO RUIZ, J.M., *o.c.*, p. 190.

95. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà... o.c.*, p. 228

2º) A intencionalidade de um mínimo de *affectus maritalis*, que permitisse um relacionamento *humano modo* (no qual consideramos implícito o desejo potencial de procriação ou pelo menos a não-exclusão voluntária da prole). Esta condição não se verificará se alguém casa, por exemplo, para fazer sofrer o outro cônjuge, por ódio, sadismo, etc.;

3º) A intencionalidade de um mínimo de coabitação e de ajuda mútua necessário para conseguir o relacionamento sexual e o *affectus maritalis* a que se referem os dois elementos anteriores (que incluiria a não exclusão do direito a esse mínimo necessário).

4º) Uma intencionalidade de permanência e exclusividade no amor, porque, caso contrário, o consentimento se prestaria para uma união fornicária, concubinária, polígama ou poliândrica.

Não nos parece, porém, que dentro da identidade mínima do amor conjugal deva entrar o amor de benevolência integralmente considerado.

6. «Em referência ao matrimônio *in facto esse*. O amor não tem nenhuma relevância jurídica: «o vínculo conjugal -são palavras de Paulo VI- não depende absolutamente do amor e permanece sempre ainda que a afeição do amor se tenha totalmente extinguido»⁹⁶.

7. «Em relação ao matrimônio *in fieri* destacaremos vários pontos:

a) É válido o princípio *matrimonium non facit amor sed consensus*. O matrimônio é constituído pelo consentimento, e não pelo amor, mas o amor -como *virtus unitiva* de acordo com S. Tomás⁹⁷- pode e deve informar o consentimento.

b) Se o consentimento ordinariamente deve estar *informado* pelo amor também pode extraordinariamente estar *deformado* pelo amor. Neste sentido o amor pode influir, e de fato influi consideravelmente na qualificação do consentimento. A influência poderia ser determinada em dois núcleos:

1º) o *error pervicax*

2º) a *simulação*

c) o *error pervicax* -Um sobre a concepção do amor profundamente deformante- pode trazer consigo uma intenção implícita contra a indisso-

96. PAULO VI, Alocução «Alla Inaugurazione dell'ano Giudiziario» 1976, o.c., p. 299.

97. S. TOMAS I-II, 9, 25 a. 2, n. 2.

lubilidade e unidade do matrimônio, redundando na nulidade do consentimento se «determina a vontade» de acordo como o c. 1099.

d) No respeitante à *simulação* consideramos cabíveis concluir dentro da exclusão de algum «elemento essencial do matrimônio» (c. 1101 § 2), o «*elementum amoris*». De forma que não parece contrariar a sistemática geral do direito matrimonial afirmar que, se se demonstra que existe um ato positivo da vontade pelo qual se tenciona excluir, ao menos virtualmente (*saltem virtuali*), a identidade mínima do *elementum amoris*, o consentimento é inválido.

e) Dentro dessa identidade mínima não podemos incluir o amor de benevolência *in genere*, muito menos se entendido de forma integral e perfeita, mas apenas aquela parcela suficiente para garantir o compromisso de permanência e exclusividade.

f) Todas estas colocações doutrinárias vindas de diferentes ângulos poderão ajudar a jurisprudência a delimitar com mais precisão e cuidado o conteúdo da exclusão do *elementum essentialem* como novo *caput nullitatis* do consentimento.

8. Em *termos processuais* podemos afirmar que a jurisprudência chegou à conclusão de que o princípio do amor está habitualmente integrado no princípio do consentimento. Isto é, que se é praxe dizer que «é o consentimento e não o amor o que faz o matrimônio», também é regra acrescentar que «é próprio do matrimônio que se faça por amor ou com a fundada previsão de que este vai nascer». Por tudo isto deduzimos, como conclusão segura, que, sobre um matrimônio no qual está ausente o amor no momento da sua celebração, gravita a séria suspeita de que tem algum defeito ou vício no consentimento e, outrossim, que a ausência do amor pode ser, positivamente, um indício de falta de consentimento livre.

9. Somos conscientes dos perigos que uma imprecisa interpretação do *elementum amoris* pode trazer para a solidez do matrimônio, mas também devemos levar em alta consideração, por um lado, a dignidade do consentimento matrimonial -defendendo-o de deturpações degradantes e de simulações caricaturescas- e, por outro lado, a fidelidade ao pensamento do Legislador que quis acunhar o novo direito matrimonial no profundo sentido humano e pastoral do Concílio Vaticano II.